أحكام

التركات والمواريث

محمد أبو زهرة

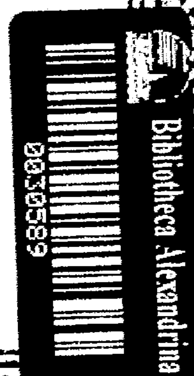
دار
الفكر العربي



أحكام

التركات والمواريث

محمد أبو زهرة



دار
الفكر العربي

أحكام التركات والمواريث

الإمام محمد أبو زهرة

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي
١١ ش جواد حسني ـ القاهرة
ص.ب ١٣٠ ت: ٣٩٢٥٥٢٣

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آلـــه وصحبه أجمعين .

أما بعـــد : فان المواريث قـــد تولى قسمتها القرآن الكريم فى محكم آياته ، وشرحتها السنة النبوية بمتضافر الأخبار ، ومشهور الآثار ، وخرج أحكامها ، وقايس بين أشباهها أعلام الصحابة ، وأئمـــة الفقهاء ، وان الباحث إذا تتبع أحكام هذه الشريعة الخالدة لم يجد من بينها ما فصله القرآن تفصيل الفرائض ، ولقـــد عـــد العلم بها عند بعض العلماء ثلث علم الدين ، لقول النبى الكريم : العلم ثلاثة ، وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة ، أو سنة قائمة ، أو فريضة عادلة ، ولقـــد صرح الأكثرون بأنها نصف العلم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم صرح بذلك اذ قال : (تعلموا الفرائض وعلموها الناس ، فانه نصف العلم ، وهو أول شىء ينسى ، وأول شىء ينتزع من أمتى) .

وإذا كانت تلك منزلة الفرائض فى فقه هـــذه الشريعة ، فقد عـــدها بعضهم علما قائما بذاته ، ولم يعتبر بابا كسائر أبواب الفقه وأقسامه ، ولقـــد تتابعت فيها المؤلفات قـــديما وحـــديثا ، وكان من الأقـــدمين كما كان من المتأخرين من خصـــها بالتأليف ، وأفردها بالتصـــنيف ، وكان ذلك من دواعى إحجـــامنا عن الكتابة فيها مـــع تمرسنا بتدريسها ، لأنا لا نكتب فيما كررت الكتابة فيـــه ، حتى لا يكون قـــولنا من مكرور القـــول ، ولكيلا يكون تأليفنا صـــدى لأقـــلام غيرنا . ولكى يكون فيما نكتب فائدة تبتغى ، ومعنى خاص لأجله يقصـــد .

ولكنا وجـــدنا أخيرا الحاجـــة ماسة إلى الكتابة فى المواريث والتركات ، لأن التركات اتخـــذت حيزا فى عـــدد من قوانيننا ، ففى القانون المدنى الجـــديد أحكام مستفيضة خاصة بتصفية التركات ، وفى الوصية بيـــان لبعض أحكام لها بالميراث صـــلة وقانون المواريث نفسه فى مواده ما يحتاج إلى فضـــل البيان ، لمعرفة الأصل الذى اشتق منه ، والمصـــدر الذى صـــدر عنه .

من أجل هـذا كتبنا ذلك الكتاب ، وتحرينا فيـه أن ينتفع به الطالب ، فيجـد فيه مسائل الفرائض ذللا ، سهلة المـأخذ ، قريبة المتناول ، كما تحرينا أن يجـد فيه الباحث ما ينقع غلته ، وإن لم يشبع نهمته .

ولذلـك :

١ ـ جهـدنا فى أن يكون فى الكتاب تسهيل وتوضـيح لأصـول الفرائض وتقسيمها وأكثرنا من ضرب الأمثال ، وتوضـيح الحلول ، وإزالة ما يحتمل أن يلتبس على الطالب ، ويشتبه عليه .

٢ ـ واجتهدنا فى بيـان الأدلة التى توضح المصـدر الشرعى ، والمنهج القياسى . فإن ذلك يرهف قـوى الاستدلال لدى طالب القانون ، ويعوده النقـد البرهـانى المسـتقيم .

٣ ـ ولقـد وازنا بين ما جاء فى القـانون المـدنى من أحكام تصـفية التركات . وما جاء فى الشريعة الاسـلامية ، فأشرنا إلى ما اجتمعا فيـه ، وما افترقا . لتتميز القواعـد الشرعية عن القواعـد القانونية .

هـذا وإنا نضرع إلى الله العلى القـدير أن يمن علينا بنعمة التوفيـق ، فإنه لولا فضـل الله وتوفيقه ما كان لنـا من أمرنا يسر ، وما كان لنا هـدى فيمانكتب « الحمـد لله الذى هـدانا لهـذا ، وما كنـا لنهتـدى لـولا أن هـدانا الله » .

محرم سنة ١٣٨٣
مايو سنة ١٩٦٣

محمد أبو زهرة

تمهيـــــد

فى بيـــان نوع الملكية بالميراث بالنسبة لغيره

١ ـ الملك بالميراث قسيم لنوعـين آخرين من أسـباب الملكية ، وذلك لأن أسباب الملكية ثلاثة :

أولها : أسباب منشئة للملكية بعـد أن لم تكن ملكية قـط على الشىء ، وهى إحراز المباح والصـيد ، والاستيلاء على المعـادن والكنوز ، وغير ذلك مما يعـد إنشاء للملكية على شىء لم تكن ملكية ثابتة عليه من قبل .

وثانيها : أسباب ناقلة للملكية من حيز إلى حيز . وهى التصرفات الناقلة للملكية سواء أكانت فى أصـل وضعها لنقـل المـال من مالك إلى مالك ، أم كانت موضوعة لمقاصـد أخرى ، ولكن جاء نقـل الملكية تبعا للمقصـد الأصلى ، كالمهر فى الزواج . فإنه ينقـل إلى ملكية الزوجة بعـد الزواج ، وإن لم يكن عقد الزواج فى حقيقته لنقـل ملكية المـالك ، بل المقصـد الأول هـو حل العشرة الزوجية بين الزوجين وجاء المهر تبعا لذلك .

ثالثها : الملكية بالخلافة عن المـالك ، وهـذا النـوع هـو الذى تئـول الملكية فيـه إلى شـخص لـه صـله بالمـالك الذى مات ؛ لأن الموت يذهب بالذمة المـالية للميت على تفصـيل فى ذلك ، فكان لابد أن ينتقل ما كان لـه من أموال وحقوق إلى آخر يعـد خليفة لـه . وهـذا الذى تنتقل إليـه الأموال والحقوق يكون فى الغالب وجوده امتدادا لوجود الميت ، أو ممن عاونوه وناصروه فى حياته ، حتى كادوا يكونون شركاءه فى تكوين ماله وحمايته .

٢ ـ وهـذه الخلافة قـد تثبت بحكم الشارع ، وهـذا فى المواريث ، فإن خلافة الوارث للمورث فيما لـه من أموال وحقوق تثبت بحكم من الشارع ، لا بإرادة المورث ، بل من غـير إرادة الوارث ؛ ولذلك قالـوا إنه لا يدخـل شىء فى ملك الانسان جبرا عنـه سـوى الميراث ، فإنه يدخـل فى ملكه من غير إرادته . وقـد تثبت هـذه الخلافـة بإرادة المتوفى ، وهـذا فى الوصية ،

فالموصى لـه يملك ما يوصى به بمقتضى ما صـدر عن الموصى ، وهى خلافـة اختيارية من الموصى ومن الموصى لـه ، فالموصى أراد أن يكون هـذا خليفتـه فى قـدر محـدود من ماله ، والموصى لـه قبل تلك الخلافة مريد مختار .

٣ ـ ولقـد حـد الشارع حـدودا للخلافة الاختيارية فى القـدر الذى تجوز فيـه ، وفى صفة الموصى لـه ، وفى الباعث على تلك الخلافة ، وفى الشروط المقترنة بها ، ولم يترك الأمر فيها لإرادة الموصى ، لأن الأصـل عند فقهـاء المسلمين أن الشارع هـو الذى يتولى أمر الخلافة فى مال الميت ، وينظمها ، ولكن لكى يتدارك الشخص ما عساه قـد يكون فاته فى حيـاته من واجبات أجاز لـه الشارع الإسـلامى أن يختار خليفته فى قـدر معين من تركته ، وهـو الثلث ، على أن يكون فى ذلك غـير متجانف لإثم ، ولا قاصـد لأمر محرم ، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم : (إن الله تبارك وتعالى تصـدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم ، فضعوه حيث شئتم) وروى أن سعد ابن أبى وقاص كان مريضا فعـاده رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقـال : يا رسول الله أوصى بجميع مالى ؟ فقـال : لا ، فقـال ، فبثلثى مالى ؟ قال : لا ، قال فبنصف مالى ! قال : لا ، قال : فبثلث مالى ! قال عليه الصلاة والسلام : الثلث والثلث كثير ، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس . وبهـذين الحديثين ثبت أن الشارع الإسلامى جعل الخلافة له ، يتولاها بالتنظيم والتوزيع العـادل ـ وترك للشخص التصرف بعـد وفاته فى الثلث فقط تداركا لـما فاته من واجبات ، كما قلنـا ، ورفعـا لخسيسة من يرى لـه حقا فى ماله ، أما الثلثان فأمرهما إلى الشارع الحكيم ، وقد قال تعالى بعـد أن أعطى كل ذى حق حقه « يبين الله لكم أن تضلوا ، والله بكل شىء عليم » .

وقـد بينا الخـلافة الاختيارية فى كتابنا الوصية ؟ والآن نتكلم فى الخـلافة الإجبارية ! وهى الميراث ، وقبل أن نخـوض فى بيـان التقسيم الميراثى العادل ، وطرق التوزيع نتجه إلى بيـان الحقـوق المتعلقـة بالتركة ، ووقت تعلقهـا ، ومعنى التركة ، وترتيب الحقـوق فيها .

القسم الأول

حق الملك بالخلافة وحق الدائنين

ووقت تعلقهما بالتركة

٤ ــ تبين مما تقــدم أن الخلافة قسمان : خلافة اختيارية ، وهى بالوصية فى الحــدود التى رسمها الشارع والقانون ، وخلافة إجبارية ، وتكون بالميراث . وكلتــا الخلافتين تتم وتترتب أحكامها إذا حصلت الوفاة ، فلا فارق بينهما فى هــذا ؛ بيــد أن الخلافة الاختيارية لا إلزام بهــا مطلقا قبــل الوفاة ، ولو فى مرض الموت ، لأنهــا لا تلزم إلا بالوفاة ، فهى قبــل الوفاة غير ملزمة لأحــد ، فلا تتعلق بشىء من أموال المريض مرض الموت ، أما الخلافة الإجبارية : فإنها ملزمة قبــل الوفاة ، ولذلك يثبت الحق فى هــذه الخلافة من وقت نزول مرض الموت(١) وينازعه ، بل يثبت بشكل أقوى ــ حق الدائنين .

وذلك لأن الموت تثبت به حقيقتان : إحــداهما العجز المطلق ، وثانيتهما خلافة الوارث عن المورث فيما كان لــه من أموال وحقوق على تفصيل فيها . والعجز يجعل ذمة الميت غير صالحة لتعلق الحقــوق بهــا وحــدها . فتصير الديون التى كانت لغيره قبله متعلقة بمــاله معها ، لا بذمته فقط ، كما يثبت بالخلافة حــق الوارث فى الأشياء التى يتركها المورث ، ولهــذا يثبت بالموت حــق الغرماء والورثة فى التركة ، ولمــا كان المرض الذى أفضى إلى الموت هــو سببه العــادى ثبت حــق الورثة والغرماء من وقت حــدوث ذلك المرض ، لأن الحقوق ، والأمور تضاف إلى أسبابها .

وبيان ذلك ، أن المرض إذا اتصل بالموت صار المرض موصوفا بأنه مميت إذ الموت يحــدث بضعف القــوى شيئا فشيئا ، وكل جزء من المرض مضعف لبعض القــوى ، وكل وقت يمر بالشخص مريضا هــو جزء من الطريق الذى

---

(١) التعريف الجامع المــانع لمرض الموت ، أنه المرض الذى يتحقق فيه أمران ، أحــدهما أن يكون مرضا من شأنه أن يحــدث الموت غالبا ــ ثانيهما ــ أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به ، وقــد اختلف الفقهاء فى أماراته اختلافا طويلا .

ينتهى بالموت ، فكان الموت إذن مضافا إلى المرض من وقت نزوله بالمريض ؛ وصارت مجموعة أحوال المرض وأطـوارِه وتدرجه من احتمال القوى الإنسانية لـه إلى تخاذلها عن احتماله بمنزلة جراحات متفرقة أدت إلى الموت ، وعلى ذلك يكون الموت قـد ابتـدأ يدب فى الجسم من وقت حـلول المرض به ، وابتـدأ العجز من ذلك الوقت ، وإذن فقـد ابتـدأت الذمة لا تصلح لتعلق الديون بها ، فصار حـق الدائنين متعلقا بالأموال لا بها ، كما ثبت حق الخلافة ، فيتعلق حـق خلافة الوارث بما له أيضا ، وعلى هـذا الأساس قرر الفقهاء أن حـق الغرماء فى استيفاء ديونهم وحـق الورثة فى الخلافة يثبتان من وقت نزول مرض الموت(٢) .

٥ ـ وإذا كان كلا الحقـين يثبت من وقت نزول مرض الموت ، فهمـا مختلفان فى نوع التعلق ومداه ، فالغرض من تعلق حـق الدائنين بمـاله هـو التمكن من الاستيفاء ، ولـذا يتعلق بمـال المريض معنى لا صـورة ، أى أنه لا يتعلق بذات الأشياء ، بل يتعلق بمـاليتها ، أى مقـدار ما فيها من مالية ، وهـو قيمتها التى يقـومها المقـومون ، ولذا يصح للورثة بعـد موت مورثهم أن يستخلصوا التركة بسداد ما عليـه من ديون ، كما يصـح لهم أن يشتروا بعض أعيان التركة بقيمتها فى حيـاة المورث ، وكما يصـح للمريض مرض الموت أن يبيع بعض ماله الأجنبى بقيمته ، ولو كان حـق الدائنين متعلقا بذات المـال لا بقيمته ما سـاغ للمريض أن يبيع بقيمته ، ولا سـاغ للورثة أن يشتروا بعض المـال فى حيـاة المريض .

أما حق الورثة فى الخلافة فإنه يكون بعـد الديون فى الرتبة ، وهو يتعلق بثلثى التركة بعـد الدين ، لا بالتركة كلها ، وأما بالنسبة لتعلقـه بالمـالية أو بالذات فقـد اختلف فى ذلك الإمام أبو حنيفة مـع الصـاحبين ، فقـد قال الصاحبان أنه كحـق الغرماء متعلق بمـالية التركة لا بأعيانها وذواتها فى مدة مرض الموت ، سـواء أكان ذلك بالنسبة للورثة ، أم بالنسبة لأجنبى ، ولذلك يصـح عندهما أن يبيع المريض مرض الموت ماله لبعض ورثتـه بمثل القيمة ، لأن ذلك لا يمس حـق الورثة ، إذ حـق الورثة فى سـلامة المـالية فى ثلثى التركة ، وذلك يثبت بالبيـع بمثل القيمة من غـير غبن مطلقـا بلا فرق بين أن يكون البيع لوارث أو غيره .

---

(٢) راجع فى هـذا كشف الأسرار على أصول فخر الإسـلام الجزء الرابع ص ١٤٢٧ . وما يليهـا .

وقال أبو حنيفة : يتعلق حــق الورثة بالمــالية بالنسبة لتصرفات المريض لغير الورثة ، أما بالنسبة لتصرفه مــع الورثة فحقهم متعلق بالمــالية وذات التركة : أو كما يعبر الفقهاء ــ متعلق بالأموال صورة ومعنى ، وذلك لأن حقهم فى الاعتراض على تصرف المريض مــع الأجنبى لكى يضمنوا ســلامة ثلثى التركة لهم ، وثلثــا التركة يقــدران بالقيمة : فصــار الحــق متعلقــا بقيمة التركه أى بمعناها أو بمــاليتها ، لا بصورتها وأعيانها ، أما حقهم فى الاعتراض على تصرفه مــع الوارث ، وهــو مريض مرض الموت فسببه ان يضمنوا أنه لم يؤثر بعض الورثة على بعض بعــد وفاته : لأن الله سبحانه وتعــالى وزع المواريث فى كتابه . وكل من قصــد غير ما فى كتــاب الله تعــالى رد عليــه قصــده . وإن الإيثــار كما يكون بالمحاباة بالعطاء من غير عوض يكون بأعيان يختارها لــه ، ولو كانت بقيمتها . وذلك لتكون الأحكام الفقهية بالنسبة للورثة تسير على نظــام منطقى واحــد . إذ أنه لــو أراد احــد الورثة بعــد الوفاة أن يختص بإحــدى أعيان التركة بقيمتها لا يتم لــه ذلك إلا برضا الورثة . فكذلك الحكم لو أراد ذلك المورث فى آخر حياته ، وقــد تعلق بالمــال حــق الإرث(٣) .

٦ ــ هــذا هــو الفقه ، والاختلاف بين أئمة المذهب الحنفى بالنسبة لتعلق حــق الورثة بثلثى المــال فى حال مرض الموت ، ولكن المقــول به الآن ، ان حــق الورثة فى ثلثى المــال من حيث التصرف . لا يختلف بالنسبة للتصرف مــع الأجنبى ومــع الوارث على ســواء . وذلك لأن قانون الوصــية أجاز الوصية لوارث كما أجازها للأجنبى على سواء : فهو يجيز محاباة الوارث بثلث المــال بعــد الديون ، وإذا كانت المحاباة بثلث المــالية جائزة ، فكذلك تكون المحاباة بصورة المــال جائزة : فيكون الأمر على نظام منطقى واحــد ، فيجوز أن يختص بعض الورثة ببعض ماله بقيمته ، لأنه يجوز أن يختص به من غير قيمته .

وفــوق ذلك قــد أباح قانون الوصية للشخص أن يوصى بتقسيم تركته بين ورثته وتخصيص نصيب لكل واحــد من ورثته ، ولــو كانت فى ذلك محــاباة لبعضهم بشرط ألا تتجاز المحاباة الثلث : ولا حاجــة فى تنفيذ هــذه الوصية

---

(٣) راجع فى هــذا كشف الأسرار الجزء الرابع ص ١٤٢٩ ، فقــد ذكر الخلاف بين الإمام والصاحبين فى هــذا . ولكن نقــل فى شرح السراجية أن حق الورثة متعلق بالمــالية ، لا بعين التركة ، وأطلق ولم يفرق بين حال التصرف مع الأجنبى والتصرف مع الوارث ، وهــو فى ذلك رأى الصاحبين .

الى أجازة الورثة ، وقد نصت على ذلك المادة الثالثة عشرة من قانون الوصية ، وهذا نصها :

« تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، وتكون لازمة بوفاة الموصى ، فإذا زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية » •

وإن إجازة الوصية لوارث أو محاباته فى مرض الموت ، لم يعتمد فيهما القانون على مذهب من المذاهب الأربعة ، بل اعتمد على بعض مذاهب الشيعة ، وتعلق ببعض نصوص القرآن الكريم •

أما لزوم الوصية بتقسيم التركة من غير محاباة بزيادة فى الاستحقاق ، فقد اعتمد فيه على قول فى مذهب الشافعى ، وعلى أحد الوجوه فى مذهب أحمد رضى الله عنهما(٤) •

٧ — ومهما يكن وجه تعلق حق الورثة فى الخلافة حال مرض الموت فإنه من المتفق عليه أن ذلك الحق ثابت ، وهنا يثير الفقهاء بحثا نظريا فى نوع ذلك الحق ، أهو حق الملكية فى ثلثى ما يبقى بعد الديون ، أم هو مجرد الحق فى الخلافة لا يثبت ملكا ، وانما الملكية تبتدىء فقط من وقت الوفاة ؟

يذكر الكاسانى فى بدائعه خلافا بين المتقدمين والمتأخرين من الفقهاء فى ذلك ، ويسوق لذلك أدلة ، فيقرر أن المتأخرين يرون أن حق الوارث فى وقت مرض الموت لا يتجاوز حقه فى الخلافة ، وأنه ثبت فى وقت المرض لكى يصان ثلثا التركة للوارث ، وهما الحق الذى قرره الشارع له ، وهو يمنع المريض من أن يتصرف فيه بعد الوفاة ، ويقرر أن بعض المتقدمين يرون أن ذلك الحق هو حق ملكية ، ومع أن ذلك الخلاف نظرى ليس فيه جدوى من ناحية العمل ولا من ناحية النتيجة المقررة نذكره لأن فيه بيانا لمناحى تفكير الفقهاء السابقين ، ولذلك نبين أدلة الفريقين ليكون البيان أتم •

يستدل للمتقدمين فى ادعائهم أن حق الورثة فيما يتعلق به من ثلثى التركة بعد الديون — حق الملكية بأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال :

---

(٤) راجع فى هذا شرح قانون الوصية للمؤلف •

(إن الله تصـــدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم) . وهـــذا التصدق يؤذن باستبقاء الملك على الذمة وقت مرض الموت فى الثلث ، وهـــذا يقتضى أن الثلثين قـــد زال ملكهما عن المريض ، وإذا كان قـــد زال الملك فى الثلثين ، وخلت ذمتـــه منه ، فإنه سيئول إلى الورثة ؛ لأنهم خلفـــاؤه فى ماله ، ولأنهم أقرب النـــاس إليـــه ، وحياتهم امتداد لحياته ، ولقـــد أجمع فقهاء المسلمين على أن تبرع المريض مرض الموت لا ينفـــذ فى أكثر من الثلث إلا باجازة الورثة ، ولو كان ملكه ثابتا فى الثلثين لنفـــذ تبرعه بالزيادة على الثلث ؛ فعـــدم نفاذه دليـــل زواله ، ولا يزول إلى غير مالك . بل يزول إلى مالك هـــو الورثة ، ومع اتفاق المتقـــدمين من الحنفية على أن حـــق الورثة فى مرض الموت هـــو حـــق ملك اختلفوا أهو ملك من كل وجـــه أم هـــو حـــق ملكية ثابتة من وقت الوفاة ، ولكنها مستندة إلى وقت المرض ، وقـــد اتفق الفريقان على أن الملكية لا تظهر إلا بالوفاة ، والفرق بين الرأيين أن الموت على الرأى الأول يكشف عن حقيقة ثابتة كانت مستورة قبله ، وهى أن الأموال كانت ملكا للورثة من وقت وجـــود سبب الموت ، وهـــو مرض الموت ، أما الرأى الثـــانى فيقـــول أن الموت هـــو ســـبب الملكية بالخلافة فـــلا توجـــد الا بوجوده ، ولكن إذا ثبتت الملكيـــة بالموت تثبت مستندة إلى أول أعراض الفناء وهـــو مرض الموت .

هـــذا نظر المتقـــدمين . ودليلهم ، أما دليـــل المتأخرين فى قولهم أن الورثة يثبت لهم فى وقت مرض الموت حـــق الخلافة ، وليس ذلك ملكا من أى وجـــه من الوجوه ـــ فعماده الإجماع على أن تبرع المريض بأكثر من الثلث لا يمس فى حياته . ولكن ينقض بعـــد وفاته إن أراد الورثة نقضه وكان هناك مسوغ . فقـــد كان تصرفا منعقـــدا نافـــذا . وهـــو يدل على أنهم ما كانت لهم ملكيـــة قبـــل الوفاة ولو بسبيل الاستناد ، وفـــوق ذلك فإنه من المتفـــق عليه أنه لو كان الوارث غير أهـــل للميراث وقت مرض الموت ، ثم يصير أهـــلا عند الموت فقـــد اتفقـــوا على أنه يكون وارثا ، ويكون لـــه كل حقوق الوارثين من الاعتراض على كل تبرع يتجاوز الثلث ، فلو كان حـــق الورثة هـــو الملكيـــة وقت مرض الموت وقبـــل موته ما كان لهـــؤلاء الذين ورثوا ، ولم يكونوا أهـــلا للميراث فى المرض كغير مسلم أســـلم ـــ حـــق فى الميراث . لأن باقى الورثة قـــد ملكوه ، وما كان لهؤلاء الذين صاروا وارثين عند الوفاة الحـــق فى نقض ما تبرع به مورثهم ، لأن حـــق الإرث لم يكن ثابتا طـــول مدة مرض الموت ، ولكن ثبت لهم حـــق الاعتراض ، فـــلا يمكن أن يكون حـــق الوارث فى الاعتراض حـــق ملكية ، ولـــو من وجـــه

الإستناد ، لأن شرط الإستناد الصلاحيــة لأن يثبت الحـق فى المدة التى يستند الحكم إليهــا(٥) •

وفى الحــق أن نظر المتأخرين هــو المعقول ، لأن إعطاء الوارث حقــا فى حال حيــاة المريض إنمــا هــو فرض وأمر اعتبارى ليستقيم منطق الأحكام • وتتسق المبــادىء الفقهية ، إذ ثبت شرعا أن للوارث إبطال بعض التصرفات التى تصرفها الميت فى أثناء مرض موته ، فلا تنفـذ تلك التصرفات إلا بإجازته مـع صـدورها فى حيــاة من لــه الأهلية الكاملة والولاية التامة ، وإذا كان ذلك ثابتــا للوارث قبــل تقرير ميراثه فلابد أن نفرض لــه حقــا فى آخر حيــاة مورثه ، حتى يمكن أن يكون لــه حق نقض بعض التصرفات ، ويجب أن يقــدر ذلك الحق بأقل الصور التى يتصور معها ثبوت حــق الإجازة والمنع بعــد الموت فيكتفى فى ذلك بفرض حــق الإرث أو حــق الخلافة له فى حال حياة الوارث ، لأن الأمور الفرضية لا تقــدر إلا بمقــدار الضرورة الفــكرية التى تضــطر الباحث إلى فرضها ، ليستقيم منطــق الأحكام ، وتأخــذ المبــادىء الفقهيــة بعضها بحجز بعض •

٨ — ولابد من التنبيه هنــا إلى أن المريض بمرض الموت أثناء مرضــه ليس لأحــد عليه من سلطان ، وإنما ينظر فى تصرفاته بعــد وفاته ، فإن كانت تمس حــق الورثة فى الحــدود التى ذكرناها كان لهم الاعتراض عليها ونقضها ، أو كانت موقوفة على إجازتهم ، لأنه يتبين أن التصرفات تمسهم ، وليس لهم الاعتراض فى حيــاته لأن المرض لا يتبين أنه مرض موت ، إلا إذا اتصلت به الوفاة فعــلا ، وليس لهم الاعتراض قبــل تحقق السبب المنشىء لحق الاعتراض وكذلك الدائنون ليس لهم الحق العينى فى أموال المريض إلا إذا ثبت أن المرض مرض موت بأن اتصــل الموت به ، وفى حال حيــاته ليس لهم الاعتراض ، إلا بقــدر ما للديون فى ذاتهــا من قــوة ، من غير نظــر إلى مرض المــدين أو ســلامته •

٩ — وقــد نوهنــا فيما قلنــا إلى أن حــق الدائنين مقــدم فى الاعتبار عن حــق الورثة ، وإن ذلك يقتضى عند النظر فى التصرفات التى تصرفها الميت أثناء المرض الذى انتهى بموته أن نبين حالين :

---

(٥) راجع فى هــذا البدائع جـ ٣ ص ٢٣٠ وما يليها .

(إحـــداهما) إذا كانت التركة مستغرقة بالديون ، وفيهـــا سـداد لهـــا أو لم يكن ، وحـــق الدائنين فى هـــذه الحال أن تسلم قيمتها لهم ، فكل تصرف حـــدث فى أثناء المرض لا يمس القيمة فى جملتها فهو نافـــذ ، وإن لم يجيزوه ، وكل تصرف يمسها فهـــو غير ملزم لهم ، بل لهم نقضـــه بعـــد وفـــاته • فكل تبرعاته قابلة للنقض منهم ، ولا تلزمهم ، وكذلك كل بيع أو شراء فيه غبن ولو كان يسيراً لهم حـــق فسخه إلا إذا زاد المشترى أو نقص البـــائع ممـــا يزيل الغبن ، لأن حقهم تعلق بالقيمة والمـــالية فيجب أن تســـلم لهم — وإذا باع أو اشترى بلا غبن لم يكن لهم أن ينقضوه ، لأن حقهم متعلق بالقيمة وقـــد سلمت لهم ، فلا وجـــه لاعتراضهم ونقضهم ما أبرم •

ولا شـــأن للورثة بالتركة إذا كانت مستغرقة بالدين على تفصيل سنبينه ، بيـــد أنهم إذا أرادوا استخلاصها بقيمتها ، وكانت مساوية للدين أجبر الدائنون على أخـــذ القيمة وتسلم التركة ، وإن كانت قيمة التركة أقل كان لهم استخلاصها بأداء الدين كله ، وليس لهم استخلاصها بقيمتها جبرا ، لأن للدائنين الحـــق فى استيفاء ديونهم كاملة ، وليس لأحـــد أن يجبرهم على نقصـــها ، وعساهم يبقون التركة حتى يستطيعوا بيعها فى وقت تعلو فيه قيمتها ، ويكون فيها وفاء لديونهم •

(ثانيتهما) إذا كانت التركة مدينـــة بدين غـــير مستغرق ، ومن حـــق الورثة أن يسلم ثلثا قيمة التركة بعـــد الدين • فكل تصرف للمريض يمس هـــذين الثلثين بتبرع أو محاباة فللورثة نقضه بعـــد وفاته ، أو هـــو يتوقف فى نفاذه على إجازتهم من بعـــد الوفاة • وعلى ذلك يكون كل عقـــد مبادلة نافـــذا من غـــير حاجة إلى إجازة الورثة إذا لم تكن فيه محاباة أصلا ، ولا يدخـــل فى المحاباة التصرف مـــع الغبن اليسير • وكذلك إذا كان فيـــه محـــاباة وكانت المحـــاباة لا تتجاوز الثلث ، فإن تجاوزت الثلث كان لهم نقضه أو توقف على إجازتهم على حسب اختلاف الفقهاء فى التعبير •

• ١ — هـــذا ويلاحظ أن التصرفات التى تكون قابلة للنقض بعد الوفاة هى التصرفات المـــالية المحضة التى يكون فيها نقص لرأس المـــال ، ولا تكون قضاء لحاجاته الأصلية ، وعلى ذلك لا يكون قابلا للنقض :

(أ) النكاح والخلع ولو ترتب عليهما مغارم مالية ، ولكن على ألا يتجاوز المهـــر مهـــر المثل ، وألا يزيد بدل الخـــلع على ثلث المـــال ، فإن تجـــاوز

المهر مهر المثل لا ينقض النكاح ، ويجب مهر المثل فقط ، وإن تجاوز بدل الخلع ثلث المال لا ينقض الخلع ، ولكن لا يجب بدلا إلا الثلث •

(ب) ولا يكون قابلا للنقض شراء الأدوية وحاجاته التى لا يستغنى عنها ما لم تكن فيها محاباة ، فإذا خلت من المحاباة ، بأن اشتراها بقيمتها أو بغبن يسير يتغابن الناس فى مثله عادة ، فالتصرف نافذ غير قابل للنقض ، فإن كان فى التصرف محاباة بغبن فاحش لا يتغابن فيه الناس عادة كان ذلك تبرعا قابلا للنقض من الدائنين ومن الورثة كل لحفظ حقه •

(جـ) وليس من مواضع الاعتراض وطلب النقض ـ العقود الواردة على المنافع كالإجارة والإعارة ، لأن حق الورثة والدائنين يتعلق بالأعيان نفسها لا بمنافعها ، ولأنه بمقتضى المذهب الحنفى عقود المنافع لا تبقى بعد موت المؤجر بل تفسخ الإجارة والإعارة ، وعلى مقتضى المذاهب التى تبقى الإجارة بعد وفاة المؤجر يسرى على الإجارة النافذة بعد الوفاة ما يسرى على عقد البيع ، من حيث ما يكون فيها من محاباة •

١١ ـ هذه هى الشريعة الإسلامية فى احتياطها للدائنين وللورثة من أن يمس المريض مرض الموت حقا من حقوقهم فى أثناء مرضه ، فجعلت لهم حق نقض كل تصرف يمس حقوقهم فى الدائرة التى رسمناها •

والآن نتجه إلى القانون المدنى الجديد لنرى مقدار احتياطه للدائن والوارث وصلته بالفقه الإسلامى ، أما الاحتياط للدائن من التصرفات الصادرة فى مرض الموت ، فلم نجده سوغ نقض التصرفات التى يكون فيها غبن ، ولو كان يسيرا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، بينما سوغت الشريعة كما ذكرنا للدائن الاعتراض فى هذه الحال ، لأن حقه فى القيمة خالية من أى نقض كما ذكرنا ، بل لم نجد من مواد القانون المدنى ما يسوغ للدائنين الاعتراض على تبرعات المريض مرض الموت ، بعد حدوث الموت ، ولو كانت التركة مستغرقة بالديون ، ولعله ترك ذلك للضمانات العامة التى ذكرت حقا للدائنين فلم يخص المريض مرض الموت بضمانات خاصة •

أما الاحتياط للورثة ، فقد كان القانون أشد احتياطا ، لما جد من طرق التلاعب بحقوق الورثة ، فهو :

(أ) يقرر كما قررت الشريعة أن البيع إذا كانت فيه محاباة تجاوزت

ثلث التركة ؛ لا يسرى فى حــق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثلثين ، أما إذا لم تبــلغ الزيادة الثلث أو لم تتجاوزه فإن البيــع يسرى فى حقهم من غير حاجــة الى إقرارهم(٦) •

(ب) ويقرر أيضـــا أن كل تبرع فى مرض الموت يعتبر وصــية ، تتوقف على إجازة الورثة إن تجاوزت الثلث ، وهو فى ذلك يستقى من الشريعة •

(جـ) ولكنه يبالغ فى الاحتياط لهـــا ؛ فيعتبر كل تصرف (ولـــو ذكر أنه مبادلة مال بمـــال) تبرعا إلا أن يقيم الدليل المتصرف معـــه على أنه دفع الثمن ؛ لأنه عسى أن يكون البيع صوريا وهـــو تبرع لبس لبوس البيع ؛ فيفرض ذلك حتى يقـــوم الدليل على خلافه ، وهـــو فى ذلك ينهج منهج القانون المدنى القــديم على أحسن التخريجات التى جاءت فى بيع المريض الموت(٧) فيه •

(د) ويقرر أيضا أن البيع الذى يحتفظ فيـــه البائع بالعين وينتفع بهـــا مدى حياته وصية أيضا . ولو كان من صحيح(٨) •

---

(٦) وهـــذا ما اشتملت عليـــه الفقرتان الأولى والثانيـــة من المـــادة ٤٧٧ ، وهـــذا نصـــهما :

(أ) إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو غير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسرى فى حـــق الورثة ؛ إذا كانت زيادة قيمة المبيع عن الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته .

(ب) وأما إذاكانت هـــذه الزيادة تتجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا اقروه او رد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثلثين .

(٧) راجع كتاب الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للمؤلف .

(٨) هـــذه الأحكام اشتملت عليها المـــادتان ٩١٦ ، ٩١٧ ، وهـــذا نصهما :

مادة ٩١٦ ـــ (أ) « كل عمل قانونى يصـــدر من شخص فى مرض الموت » ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعـــد الموت ؛ وتسرى عليه احكام الوصية ايا كانت التسمية التى تعطى لهـــذا التصرف .

(ب) وعلى ورثة من تصرف ان يثبتوا أن العمل القانونى قـــد صـــدر من مورثهم ، وهـــو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بكل الطرق • ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هـــذا التاريخ ثابتا .

(جـ) وإذا اثبت الورثة ان التصرف صـــدر من مورثهم فى مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صـــدر له التصرف عكس ذلك ، كل هـــذا ما لم توجـــد أحكام خاصة مخالفة . =

وفى كل ذلك احتياط لفكرة الشريعة من الاحتفاظ بالثلثين للورثة ، وهو احتياط حسن يجعل الأحكام القانونية تسير على نسق فقهى ، واحد ، وما استحدثه احتياطا هو لدفع ما استحدثه الناس من حيل ، وغايته فيه تنفيذ الفكرة الشرعية تنفيذا سليما •

حق الورثة والدائنين بعد الوفاة

١٢ — ما ذكرناه كان بيانا لحق الدائنين والورثة فى وقت مرض الموت ، وقد كشف الموت عن هذه الحقوق ، وقد بينا سبب تعلق هذه الحقوق ، وقلنا أنه أمر فرضى لتنسيق الأحكام التى قررت بالموت ، وكان من مقتضاها نقض بعض التصرفات التى صدرت فى المرض ، ولا شك أن حقوق الدائنين والورثة بعد الوفاة تكون أقوى منها قبل الوفاة لأن فرض حق قبل الوفاة إنما هو لمنع الاعتداء على الحق المقرر الثابت بعدها ، فالأول حق يعد وسيلة لمقصد ، وهو الحق الثابت بالوفاة ، والآن نتكلم عن حق الدائنين والورثة وتنازعهما ، قبل أن نتكلم فى توزيع مال الميت •

١٣ — وأول ما يثار فى هذا الجزء من القول سؤال هو : هل تنتهى ذمة الميت بالوفاة ؟ إن من المقرر أن الذمة أمر فرضى اعتبارى ، يفرض ليكون محلا للالتزام وللإلزام ، أى ليكون لتعلق الحقوق والواجبات بالشخص ، وإذا كان أمرا اعتباريا ، فإنه يصح فرضه فى حال الوفاة ، كما يصح فرضه فى حال الحياة ، ولكنه يفترض لثبوت بعض الحقوق للميت كتجهيزه وتكفينه ، وتنفيذ وصاياه ، وقيام واجبات بتركته ، كسداد ديونه ، ولذلك قرر كثير من الفقهاء أن ذمة الميت تبقى حتى تسدد ديونه ، وتنفذ وصاياه ، بل لقد قرروا أنه قد تثبت له حقوق جديدة بعد الوفاة لم تكن ثابتة إذا باشر أسبابها فى حياته ، وتكون عليه واجبات جديدة إذا باشر أسبابها فى حالة حياته أيضا ، وضربوا لذلك مثلا ، إذا حفر حفرة ليصطاد فيها حيوانا ، ولكن لم يقع الحيوان فى الحفرة إلا بعد الوفاة ، فإنه يكون تركة

= مادة ٩١٧ — إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأى طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسير عليه احكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك ، أ هـ .

وقد قيدت التصرف بأنه لوارث كما ترى ، وما كان يسوغ ذلك ، إذ قد يتحقق هذا المعنى لغير الوارث كما يتحقق فى الوارث .

لـه ، ويكون حكمه حكم ما كان لـه من الأملاك • لأنه باشر السبب ؛ وكذلك إذا حفر حفرة فى طريق عام فتردى فيها إنسان أو دابة ؛ فإنه تثبت الدية ، ويكون الضمان فى تركته •

ولقد اشترط الحنفية لبقاء ذمة الميت بعد وفاته أن يكون لـه مال ، أو يترك كفيلا بما عليه من ديون ، وذلك لأن الذمة لا تفرض إلا لحاجة فكرية تدعو إلى فرضها ، وهو إذا مات من غير مال مطلقا ولا كفيل له فإن ديونه تذهب بالتوى أو تثبت فى بيت المال على رأى بعض قليل من متقدمى الفقهاء غير الحنفية يرون أن أداء ديون الغارمين من مصارف الزكاة ؛ وعلى كلا الرأيين لا يجب شىء على الميت ، وإذا كان لا يجب شىء لعدم جدوى الوجوب ، فلا يكون ثمة مقتض لفرض ذمة لشخص قضى نحبه • ولكن إذا كان لـه مال فثمة وجوب ، والوجوب يقتضى ذمة يتعلق بها ، وإن كان الدين بعد الوفاة قد تعلق بالتركة أيضا لضعف ذمة الميت عن احتمال الدين وحدها ؛ وكذلك إذا كان ثمة كفيل قد كفل الميت قبل أن يموت ، لأن المطالبة لا تسقط بموت الأصيل مفلسا ، ولكن مطالبة الكفيل فرع مطالبة الأصيل . فلو سقط حق المطالبة عن الأصيل يسقط لا محالة عن الكفيل ؛ فلابد إذن من فرض وجوب الأداء على الأصيل . ولابد حينئذ من فرض ذمة يتعلق بها الوجوب •

وإذا مات من غير مال ولا كفيل فهل يجوز أن يكفل دينه أحد • ويكون ملزما بالأداء عنه اختلف فى ذلك الإمام والصاحبان ؛ فأبو حنيفة قال : أنه لا يجوز الكفالة التى تنشأ بعد موته ، إذا لم يكن له مال ، لأن شرط تحقق الكفالة أن يكون المكفول عنه مطالبا بأداء الدين ، وبموت الشخص من غير مال ، ولا كفيل عنه فى حياته تسقط عنه المطالبة ، ويذهب الدين بالتوى ؛ فلا يمكن أن يتحقق معنى الكفالة الذى هو ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة •

وقال الصاحبان يصح أن تنشأ الكفالة من بعد وفاته استحسانا ؛ لأن بعض الصحابة كفلوا عن ميت ديونه بعد موته • وأقر النبى صلى الله عليه وسلم صنيعهم ، فكان هذا دليلا على صحة الكفالة بعد الموت والإلزام بمقتضاها ، لأن الدين لم يسقط ، ولكن لا نطالب به للعجز المطلق عن الأداء ، فصح ضمانه ، كما تصح الكفالة فى دين على العبد ، وإن كان عاجزا عن الاداء •

وعلى مذهب الصاحبين إذا تمت الكفالة يكون للميت ذمة ، كما لو كانت الكفالة قبل موته على ما بينا .

١٤ — من هذا الكلام يتبين أن الميت له ذمة ما دامت له تركة ، ولم تسدد ديونه أو لم تنفذ وصاياه ، حتى إذا سددت الديون ونفذت الوصايا ، لم تبق له ذمة قط ، وإذا انقطعت كل الالتزامات والحقوق ، وصار من الغابرين ، وقبل أن تسدد الديون تكون متعلقة بالذمة والتركة معا ، لأن الذمة وحدها لا تتحمل الديون ، إذ قد صارت ضعيفة بالموت ، وإن كان لم يزلها ، فلا تقوى على احتمال الديون وحدها ، فضمت إليها التركة ، لكي يمكن أن تستوفى الديون ، بتتبع الأموال ، لأنه وإن كانت ذمة الميت باقية لا يمكن تتبعه ليؤدي — فأقيم تتبع المال مقام تتبعه ، ليستوفى من المال ، بدل أن يلزم بالأداء من لا يمكن إلزامه .

١٥ — ولكن ما حق الورثة بجوار الديون ، ومتى تثبت الملكية لهم ؟ إنه بلا شك إذا لم تكن ثمة ديون فإن الملكية تثبت فور الوفاة ، بل لقد روى عن محمد أن الملكية تثبت فى آخر لحظة من لحظات الحياة ، بدليل أن الزوجية سبب من أسباب الميراث ، مع أن الموت يقطعها ، فلو كانت الملكية بالميراث بالزوجية عقب الموت لكانت الملكية بعد زوال سببها ، ولذلك فرضوا ثبوت الملكية فى آخر الحياة ، لتكون متصلة بالسبب ، أما إذا كانت التركة مدينة فقد اختلف الفقهاء فى وقت ابتداء الملكية ، أتبتدىء عقب الوفاة ، أم تبتدىء بعد سداد الديون ؟ لقد جاء فى حاشية السراجية ما يفيد أن ثمة خلافا بين أبى يوسف ومحمد فى هذا ، ففيها ما نصه :

(وقت جريان الإرث عند أبى يوسف ومحمد بعد موته ، وعليه مشايخ بلخ ، لأنه ما دام حيا مالك لجميع أمواله ، فلو ملكها الوارث فى هذه الحالة لأدى إلى أن يصير الشىء الواحد مملوكا لشخصين فى حال واحدة ، كلا ، وهذا غير معهود فى الشرع ، لكن عند محمد ملك الوارث يتعقب الموت ، وعند أبى يوسف لا يتعقب بل يتحقق إذا استغنى الميت عن ماله بتجهيزه وأداء دينه ، لأن كل جزء يجوز أن يكون محتاجا إليه بتقدير هلاك الباقى ، وعن محمد قبل موته فى آخر أجزاء الحياة وعليه مشايخ العراق ، لأن الإرث يجرى بين الزوج والزوجة ، والزوجية ترتفع بالموت ، أو تنتهى على حسب ما اختلفوا ، فبأى سبب يجرى الإرث بينهما ، عند البعض يجرى الإرث مع

موت المورث ، لا قبله ولا بعده ... لأن انتقال الشىء إلى ملك الوارث مقارن لزوال ملك المورث عن ذلك الشىء ؛ فحين يتم الزوال يحصل الانتقال(٩) .

وهذا الكلام يصرح بالخلاف بين أبى يوسف ومحمد فى وقت انتقال الملكية ؛ فمحمد يراها عقب الوفاة ؛ وأبو يوسف يراها بعد استغناء الميت عن أمواله ، أى بعد تجهيزه وسداد ديونه .

ولم يفرق بين دين مستغرق للتركة ، ودين غير مستغرق للتركة ، ولكن جاء فى مبسوط السرخسى الذى شرح فيه كتب الإمام محمد أن المذهب الحنفى هو أن التركة إن كانت غير مستغرقة بالدين تنتقل الملكية إلى الورثة عقب الوفاة ، فى قول أبى حنيفة وهو قول علمائنا ، وإن كانت مستغرقة بالدين لا تنتقل ، وهذا نص المبسوط .

« قال علماؤنا رحمهم الله : الدين إذا كان محيطا بالتركة يمنع ملك الوارث فى التركة ؛ وإذا لم يكن محيطا فكذلك فى قول أبى حنيفة ـ رحمه الله ـ الأول ، وفى قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال من الأحوال . لأنه يخلف المورث فى المال ؛ والمال كان مملوكا للميت فى حال حياته ، مع اشتغاله بالدين كالمرهون فكذلك يكون ملكا للوارث ، وحجتنا فى ذلك قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » فقد جعل الله تعالى أوان الميراث ما بعد قضاء الدين ـ والحكم لا يسبق أوانه ؛ فيكون حال المدين كحال حياة المورث فى المعنى ؛ ثم الوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته ، فأما المشغول بحاجته فلا يخلفه وارثه فيه ؛ وإذا كان الدين محيطا بتركته فالمال مشغول بحاجته ، وقيام الأصل يمنع ظهور حكم الخلف ولا نقول يبقى مملوكا بغير مالك ، ولكن تبقى ملكية المديون فى ماله حكما لبقاء حاجته »(١٠) .

وفى هذا الكلام بيان أن التركة المستغرقة بالدين باتفاق فقهاء الحنفية لا تثبت الملكية للورثة فيها ؛ لأن المال كله مشغول بحاجة الميت ، فيعتبر كأنه حى ! ولقوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » وذلك يقتضى أن أوان الميراث هو الوقت الذى لا يكون مشغولا بدين المورث ، ثم يبين أن المال لا يكون سائبة من غير مالك يملكه ، بل هو يكون على حكم ملك الميت

---

(٩) حاشية السراجية للفنارى ص ٤٠ و ٤١ .

(١٠) المبسوط الجزء ٢٧ ص ١٣٧ .

أو فى ملكه ، لأن ذمته باقيـة حتى يتم استغناؤه عن ماله • أما غير المستغرق فإن الملك يثبت فـور الوفاة فى الجزء الذى يفضل عن الدين ، أى أن الدين يمنع الملكية فيما يقابله ، وإن لم يكن متعينا •

ولقـد صرح فى غير هـذا الموضع باتفاق العلمـاء فى المذهب الحنفى على أن المـال المستغرق بالدين لا يثبت فيـه ميراث ، حتى يسدد الدين ، فقـد قال فى كتاب النكاح ما نصـه : وأصـل المسألة أن المشغول بحاجـة المورث لا يمتلكه الوارث عندنا ، كالتركة المستغرقة بالدين ••• وعند الشـافعى رحمـه الله : كل ما كان مملوكا للمورث إذا لم يخرج بمـوته على أن يكون ممـلوكا للمورث يصير مملوكا للوارث »(١١) •

ومعنى هـذا الكلام أن التركة المستغرقة بالدين مشغولة كلهـا بحاجـة المورث فلا تنتقل إلى الوارث •

١٦ — والذى يستخلص من مجموع هـذه النصـوص ان التركة إذا كانت مستغرقة بالدين ، فإنها تكون كلهـا مشغولة بحـق الميت ، فـلا تنتقل بل تبقى على حكم ملكه لبقـاء ذمته ببقـاء حاجتـه فى مالـه ، أما إذا كانت غـير مستغرقة بالدين فعلى قـول أبى حنيفة الأول ، ولعـل أبا يوسف كان معه أنها تعتبر مشغولة بحاجته فـلا تنتقل أيضـا ، ولأن أوان نقـل الملكية هو ما بعـد سداد الدين كالنص الكريم ، وفى قـوله الأخير وهو قـول محمد ، ولعـل أبا يوسف رجع عن قوله كما رجع شيخه أن الملكية تنتقل إلى الورثة فى غير الجزء الذى يقـابل الدين •

وبذلك يتحرر أن المذهب الحنفى فى هـذا هـو أن الجـزء المشـغول من التركة بالدين يكون على حكم ملك الميت ، والجزء الذى لا يقـابل الدين يكون ملكا للورثة ، وهـذا هـو الذى صرح به فى الخانيـة فقـد جاء فيها ما نصه : « الدين وإن قـل يمنع ملك الوارث بقـدره كالكفن » أى أن الدين لا يؤثر إلا فيما يقابله من قـدر التركة ، فإن كان مستغرقا لهـا منعها كلهـا ، وإن كان مقابلا ببعضها منع فى ذلك الجزء •

وإنا نستظهر أن ذلك هـو المذهب ، لاتفـاق فقهـاء المذهب الحنفى

---

(١١) المبسوط جزء ٥ ص ١٢٠ •

على جواز القسمة . وتخصيص جزء للدين قبل سداده . وقالوا أن ذلك كان استحسانا ، وكان القياس ألا يجوز ؛ لأن الدين وإن كان يمنع التوريث فيما يقابله فقط — هو متعلق بالتركة كلها تعلق ضمان واستيثاق من الوفاء ، وسيتبين ذلك فى موضعه من القسمه .

١٧ — فى الفقه الإسلامى إذن بالنسبة لوقت ملكية الوارث نظريتان :

(إحداهما) نظرية الحنفية ، مما يستخلص من أقوال أئمتهم وهى أن ملكية الوارث تكون من وقت الوفاة فى الجزء الذى لا يقابل الدين . فالمشغول بالدين من التركه لا تثبت ملكيتهم فيه . بل يكون على حكم ملك الميت . أو على ملكه على اختلاف تعبير الكتب . لأن له ذمه تبقى إلى أن تسدد ديونه ، ويستغنى عن ماله استغناء تاما ؛ ولا يشغل من ماله إلا ما يحتاج إليه ولا يستغنى عنه . فإن كانت التركه مستغرقه بالدين لا ينتقل إلى الورثه شىء . وإن كانت غير مستغرقة ينتقل إلى ملك الورثه جزء شائع يعادل ما يبقى بعد سداد الدين .

وحجة هذه النظرية مستمدة من الآية الكريمه ؛ فإنه سبحانه وتعالى ذيل بيان الفرائض بقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها او دين » فما يشغل بالدين من التركه هو خارج عن ملكية الورثه ، ولأن التركه إنما تكون فى مقدار ما يستغنى عنه الميت ، والجزء الذى يقابل الدين يحتاج إليه الميت لبراءة ذمته مما عليه من حق ، فيبقى على ذمته حتى تبرا وتنتهى حقوق الدائنين بكل التركة على الشيوع ، لان الجزء الذى يقابل الدين شائع فيها ، وهو واجب السداد قبل أى حق فيها ، ما عدا التجهيز على ما سنبين . ولا ينـاله الهلاك ، فما يهلك بآفة سماوية من التركة لا يسقط نظيره من الدين . بل إنه لا يسقط شىء ، إذ كل جزء مشغول بالدين للاستيثاق ، فيصير الدين ثابتا فى الباقى كاملا ، لأن الأساس هو عدم استغناء الميت عن التركه . او عن بعضها حتى يسدد الدين ، ما دام ثمة تركة ودين يسدد ، فحاجة الميت إلى ماله ثابتة ، فيتعلق بالجزء الذى يساويه شائعا فيها كلها . وهى كلها بمثابة الضمان لسداده من غير تفرقة بين جزء وجزء ، والضمان فى كل جزء كامل غير منقوص .

هذه هى نظرية الحنفية . وإليها تميل عبارات الكتب المالكية . وتتجه

إليها أيضا إحدى الروايات عن الإمام أحمد بن حنبل ، ورأى بعض الشيعة الإمامية .

(والنظرية الثانية) نظرية جمهور الشافعية ، وهى أن التركة ، ولو كانت مستغرقة بالدين تثبت فيها ملكية الورثة ، فتكون على ملكهم ، ولكن الديون تكون متعلقة بها ، إذ هم خلفاء الميت ، وتتحقق هذه الخلافة بمجرد الوفاة ، إذ الأمور تتراخى عن أسبابها ، إلا لمانع يمنع عمل الأسباب ، والموت سبب للتوريث فتحقق الوراثة فوره ، ووجود الديون متعلقة بالتركة ، وكونها مشغولة بحاجة الميت لا يمنع تحقق الوراثة ، إذا كان ذلك التعلق للاستيثاق من الأداء ولضمان حقوق الغرماء ، وذلك ليس بمانع من تحقق الوراثة ، كما لم يمنع الرهن ملكية العين المرهونة للمدين ، ومثل تعلق الديون بالتركة كمثل الرهن ، فهما فى الجملة سواء .

وحجة هذه النظرية فوق ما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم (من ترك مالا أو حقا فلورثته) وأن التركة لو لم تنتقل إلى الورثة ، لكان يستحق فيها بالميراث كل من كان غير وارث لمانع وقت الوفاة ، ويزول المانع قبل سداد الديون ، وهذا باطل فيبطل ما يؤدى إليه .

وقد يجاب عن الأول بأن المال أو الحق إنما يكون للورثة بعد الدين كنص الآية الكريمة ، فالحديث مقيد بها ، ويجاب عن الثانى بأن حق الوارث ثابت فى الزائد عن الدين من وقت الوفاة ، لا من وقت القسمة ،فهذا الدليل لا يرد عن النظرية الأولى(١٢) .

ولقد وافق الشافعية فى هذه النظرية أشهر الروايات عن أحمد بن حنبل وبعض الشيعة الإمامية الاثنا عشرية كما ذكرنا .

١٨ — وقبل أن نتبين الآثار المترتبة على اختلاف هاتين النظريتين ، نذكر صلتهما بالقضية التى اشتهرت بين القانونيين على أنها نظرية شرعية ، وهى : « لا تركة إلا بعد سداد الديون » فاننا إن فسرنا هذه الجملة تفسيرا حرفيا كما يفهم بعض القانونيين بمعنى أنه لا ملك للورثة إلا بعد سداد الدين ،

---

(١٢) قد ساق الأدلة وبينها بالتفصيل المرحوم الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بلل الله ثراه فى بحثه عن التركات ص ١٧ و ١٨ .

نجدها تنطبق أنطباقا حرفيا على التركة المستغرقة بالدين على نظرية الحنفية ، أما انطباقها على التركة غير المستغرقة بالدين فلا يمكن تطبيقها حرفيا ، بل تخرج على أن المراد بها أنه لا تخلص التركة للورثة خلوصا مستقرا ثابتا غير قابل للنقض إلا بعد سداد الدين . فإنها قبل ذلك لا تخلص لهم ذلك الخلوص ، بل يكون حقهم فيها شائعا ؛ والهلاك السماوى يكون عليهم ، وإن قسمت مع ذلك قبل سداد الديون ، فإن القسمة تكون قابلة للنقض ، وهذا يقتضى أن نصيبهم فى التركة لا يخلص خلوصا مستقرا قبل السداد ، ولكن ليس معنى ذلك أن لا ملكية لهم قبل السداد فى حال عدم استغراق التركة بالدين(١٣) .

أما على نظرية الشافعية فإن هذه القضية لا تنطبق مطلقا ، لا فى حال استغراق التركة ولا حال عدم استغراقها . لأن الملكية تثبت لهم فى التركة فور الوفاة ، وعلى ذلك يكون من يفهم أن قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين مؤداها ألا تكون ملكية للورثة ، ولو لم تكن التركة مستغرقة بالدين — فهمه خطأ لا يستقيم على مذهب الشافعى مطلقا . ولا يستقيم على مذهب الحنفية على النحو الذى حررنا به نظريته تحريرا دقيقا كما جاء عن أئمته الأعلام .

ويظهر من فحوى عبارات المذكرة التفسيرية التى صحبت القانون المدنى الجديد وهو مشروع أن واضعيها فهموا منها أنه لا ملكية للورثة إلا بعد سداد الدين ولو كانت مستغرقة ؛ فقد جاء فى هذه المذكرة ما نصه : « جعل هذه الشريعة (أى الإسلامية) هى التى تنطبق على جميع مسائل الميراث ، ومنها

---

(١٣) قد جرى ذلك الفهم الخطأ فى كثير من أحكام المحاكم المختلطة حتى أنها عندما ارتضت ان يجرى الإرث فى التركات الموسرة التى كانت ديونها ضئيلة بالنسبة لقيمتها — اعتبرت ذلك تخفيفا من القضاء لقاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الديون » فقد جاء فى أحد أحكام محكمة الاستئناف المختلطة ما ترجمته « إن القضاء لطف من شدة القاعدة التى تقضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الدين ، بتقرير انه متى كانت التركة موسرة ، فإنه يتقرر حق الورثة فى الحال ، ويجوز اقتسامها والتصرف فى أعيانها ، وتسرى تصرفاتهم فيها على دائنى التركة ، ما دامت لا تؤثر فى يسارها » (حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر بتاريخ ٢ من ابريل سنة ١٩٣٥) .

ونرى أن عبارة الحكم صريحة فى أن إجازة اقتسام التركة ، إذا كانت موسرة هو من تخفيف القضاء من حدة المبدأ الشرعى « لا تركة إلا بعد سداد الدين » والحقيقة أن شدة المبدأ أخذت من فهم فهموه بهذه الشدة ، أما الشرعيون فما قرروه بهذا الوضع ، أنهم أجروا التوريث ما دامت غير مستغرقة . وأجازوا استحسانا — اقتسامها وتخصيص جزء للدين ، وأجمعوا على ذلك تقريبا على ما سنبين إن شاء الله تعالى فى قسمة التركة .

انتقال ملكية التركة إلى الورثة • فيجب إذن تطبيق القاعــدة الشرعية المعروفة بأن لا تركة إلا بعــد ســداد الدين ، وهى قاعــدة رشيدة تفصل ما بين شخصية الوارث والمورث ••• ولكن الأخــذ بهــذه القاعــدة يقتضى وضع نظام مفصل لتصفية التركات » •

فان مجرى هــذه العبارة يفيد أن الملكية فى التركة لا تثبت إلا بعــد سداد الدين إذ جعــل تطبيق هــذه القاعــدة مترتبا على الأخــذ بنظرية الشريعة فى انتقال ملكية التركة ، كما يزعم • وقــد بنيت الأحكام الرئيسية فى التصفية على هــذا النحو من الفهم ، وقــد علمت ما فيه من الناحية الشرعية •

١٩ ــ وقــد ترتب على الاختلاف ما بين هاتين النظريتين الشرعيتين السابقتين ، اختلاف فى بعض الأحكام المتصلة بالتركة ، كان الاختلاف فيها ثمرة لاختلاف النظريتين • ومن هــذه الأحكام :

(أ) **نماء التركة** : فإن التركة قــد تنمو فى الفترة التى بين الوفاة وسداد الديون كشجر أثمر ، وزرع أحصد ، ودابة سمنت ، أو نتجت ، وكذلك غــلات التركة كأجرة دار للسكنى ، أو أرض للزراعــة ، فكل هــذا يعتبر نماء للتركة أو خراجا لهــا ، وقــد اختلف الفقهاء فى ملكيته ، لاختلافهم فى ملكية التركة على اختلاف النظريتين السابقتين ، فالحنفية ومن مالوا إلى اتجاههم الذين يقررون أن ملكية الورثة من وقت الوفاة تكون فى الجزء غير المشغول بالدين ــ يقررون أن ملكية النماء تكون على ذلك النحو ، أى أن الدائنين تتعلق حقوقهم بالنمــاء بالقــدر الذى كان متعلقا بأصل التركة ، فإذا كانت التركة كلهــا مستغرقة بالدين فإن حــق الدائنين يتعلق بكل النماء ، حتى تستوفى ديونهم ، وما يفضــل يكون للورثة ، وإن كانت التركة غــير مستغرقة بالدين ، فإن الدين يتعلق بالنمــاء بمقــدار تعلقــه بالتركة ، أى أنه يتعلق بالنمــاء بمقــدار ما يشغل الدين من التركة ، وبهــذا صرحت كتب الحنفية والمــالكية وبعض الحنابله الذين نهجــوا منهــاج الحنفيــة •

وجمهور الشافعية الذين يرون أن الملكية تثبت للورثة من وقت الوفــاة ، ولا يعتبرون تعلق الديون بالتركة مانعــا من ثبوتهــا ــ يرون أن نمــاء التركة وغلاتها يكون ملكا للورثة ، ولا يتعلق بهــا حق الوارثين لأنها نمــاء ملكهم ، والديون قــد تعلقت برقبــة التركة لا بنمائها ، لأن النماء ثمرة الملكية كالعبــد المتعلق به أرش جناية أو عقوبة مالية فى جناية ، فإنها تكون متعلقــة برقبته ،

وخـدمته وأجرته حـق لسيده لا لأصحاب ذلك الحق الذى تعلق برقبته ؛ فكذلك هنا ، ومثل ذلك أيضا زوائد الرهن ، فإنهـا تكون ملكا للراهن - ولا يتعلق بهـا حق المرتهن . كما تعلق بالأصل •

وكذلك يفرقون بين العين ونمـائها ، فالعين يتعلق بهـا الدين ، والنمـاء لا يتعلق به دين - ووجـه التفرقة أن العين آلت إليهم ملكيتها محملة بالدين ، لضـعف ذمة المدين بالموت عن تحمـله ، أما النمـاء فنشأ على ملكهم نشأة مستقلة ، فتثبت ملكيتهم فيه متحررة عن ربقـة الدين - ولقـد صرحت بذلك كتب الشافعية ، حتى لقـد صرحوا بأنه إذا كان فى التركة حيوان . فسمن ، والسمن نماء متصل ، فإن قـدر السمن يكون ملكا للورثة . فعند بيـع العين يكون فرق الثمن الذى أوجـده السمن حقـا خالصـا للورثة ، وليس للدائنين فيـه حـق •

ولقـد نهج منهاج الشافعية بعض الحنابلة الذين قرروا أن الملكية تثبت للورثة من وقت الوفاة - ولو كانت التركة مستغرقة بالدين كما نوهنا •

ولكن الكثيرين من الحنابله ، على أن الدين يتعلق بالنمـاء . كما يتعلق بأصل التركة ، ومن هؤلاء من وافقوا الشافعيه فى نظريتهم فى الملكية - ولكنهم خالفوهم فى ذلك ، لأن الملكية وإن كانت ثابتة للورثه ؛ فقـد تعلق بالتركه حـق الدائنين ، فيتعلق حقهم بالنماء ، لأنه تابع للتركة ، وحيث كان الدين متعلقـا بالاصل - فإنه يكون متعلقا بالتبع . ألا ترى أن الملكية تثبت فى النمـاء بعـا للورثة فيثبت الحـق عليـه تبعا للأصـل ايضا ، ومثل ذلك مثل حـق العين المرهونة عند هـؤلاء الحنابله - فإن ثمارها يكون رهنا تابعا لهـا ، كما كانت هى رهنـا قـد تعلق الدين بهـا - وعلى هـذا يكون النمـاء ضامنا للدين كما ضمنته العين ، ويكون للدائنين الحـق فى استيفاء ديونهم منه ، كما استوفوه من الأصل ، إذ لم يكن الأصل كافيا •

(ب) مئونة التركة من نفقات للحفظ والصيانة ، أو التغذية والإبقاء وحفظها من الفناء — تكون على مقتضى نظرية الحنفية ومن نهـج مثل منهاجهم — من التركة نفسها ، لأن التركة قـد تعلق بها حـق الدائنين بقـدر ما يفى بحاجتهم وما بقى فهـو للورثة - وإن لم يكن فى التركة ما ينفق منـه كانت النفقات بين الدائنين والورثة ، كل على قـدر حصته على أن يضـاف إلى الدين ما أنفق ، أو يستدان عليها لأجل الإنفاق بأمر القاضى •

أما على نظرية الشافعية الذين يعتبرون الملكيــة ثابتــة للورثة من وقت الوفاة فإنها تكون على الورثة ، لأنهم المــالكون لهــا ، وإن كانت حقوق الدائنين قــد تعلقت بها لاستيفاء ديونهم ، وكان ينبغى أن تكون نفقات التغذية والإبقاء على الورثة ، لأن الملكية لهم ، ونفقات الحفظ والصيانة على الدائنين ، لأن حقهم قــد تعلق بها ، ومثل ذلك مثل العين المرهونة تكون نفقات الحفظ والصيانة على المرتهن ، ونفقات التغــذية والإبقاء على المــالك ، ولعل الشافعية لم يعتبروا ذلك الحــق الذى للدائنين كحــق الرهن ، لأن الرهن عقد تراضى الطرفان عليه ، بل اعتبروه كأرش الجنــاية على العبــد (أى العقوبة المــالية لجنــايته) فى تعلقها برقبته فإن ذلك لا يكون نتيجة لاتفــاق بين المجنى عليه والسيد ، ولذلك تكون كل نفقات العبد على مالكه ، وإن تعلق الحق برقبته •

(ج) ما يجــد من الملك ، وهى الأمور التى باشر المــالك أسبابها ، ولم يتم الملك فيهــا إلا بعــد موته ، كان يكون قــد حفر حفرة فى ملكه ، ليصطاد فيها حيوانا ، فوقــع فيها الصيد بعــد موته ، فإنه يكون حكمه حكم سائر التركة على رأى الحنفية ، من حيث إن حقــوق الدائنين تتعلق به سيرا على مقتضى نظريتهم ، ومن نهج نهجهم ، وعلى نظرية الشافعية ، ومن نهج نهجهم يكون معتبرا كالزوائد ونمــاء الملك ، ليكون ملكا للورثة فقط ، فلا يتعلق به حــق الدائنين ، فحكمها حكم النمــاء من كل الوجــوه ، ويجرى فيه ما جرى فى النمــاء من خــــلاف •

(د) ثبوت الشفعة ، بأن يكون فى التركة حصة شــائعة فى عقار ، وللميت شريك فيــه ، فبــاع الشريك حصته ، فإنه إذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق فقــد اتفق الفقهاء فيما يظهر على ثبوت حق الشفعة فيها ، لأن جزءا من التركة على ملك الورثة ، وإن لم يكن خالصا على نحو ما بينا ، وإذا كانت لهم حصــة شائعة فإنه بمقتضاها يثبت حــق الشفعة ، لأن الورثة شركاء على الشيوع ، وعلى ذلك لا تظهر ثمرة لاختلاف النظريتين فى هــذا الحال إنما تظهر ثمرة الخلاف إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، فعلى نظرية الحنفية والمــالكية وبعض الحنابلة لا تثبت الشفعة للورثة ، إذ كانت التركة فيها حصة شــائعة ، وباع الشريك حصته أو بعضها ، لأنه لا ملكية للورثة فى هذه الحال وملكية الشفيع وقت البيع للعقار المشفوع به شرط لثبوت الشفعة ، فحيث انتفت لا تثبت • أما الشافعية وأكثر الحنابلة فيثبتون حــق الشفعة للورثة ، لأنهم مالــكون ، فحق الشفعة قــد استوفى شروط تحققه فيثبت ، ولا يمنع ثبوت ذلك كون الدائنين قد

تعلق حقهم بالتركة على ما بينا ، ومن البديهى أنه ليس للدائنين حق الشفعة كالورثة ، لأن حقهم إنما هو للاستيثاق من الاستيفاء . وليس بحق ملك فلا يتحقق بالنسبة لهم حق الشفعة •

(هـ) فى التصرف والقسمة . فإنه إذا كانت التركة مستغرقة بالدين لا تصح قسمتها بين الورثة ، ولا يصح التصرف منهم فيها على نظرية الحنفيه ، أما على نظرية الشافعية فإنه تصح القسمة . ويصح على قول بعضهم تصرف كل وارث فى حصته قبل القسمة إذا أدى ما عليها من دين . لأن حق الدائن هو فى تتبع العين وعلى كل حصة من التركة حصة من الدين . فإذا حصل تصرف فيها ، فإن التصرف صحيح غير قابل للنقض إذا سدد ما يخص حصته من دين ، ويجوز النقض قبله . وذلك مبنى على أن مذهب الشافعية يسوغ تجزئة الضمان بمقدار حصص الوارثين ، أما على مذهب أبى حنيفة فلا يجزأ الضمان ، ولذلك يكون كل تصرف قابلا للنص ما لم يوف الدين كاملا ، ولو كان غير مستغرق ، ولذلك فضل بيان عند الكلام فى القسمة . والتصرف فى التركة(١٤) فلنؤجله إليها •

مراتب الديون وأحوالها

٢٠ — يتبين من كل هذا أن الديون تتعلق بالتركة ، وبينا اختلاف النظريات الفقهية فى ثبوت الملكية للورثة مع تعلق حق الدائنين بالتركة . ولكن بقى جزء ، وهو قوة تعلق حقوق الدائنين بالتركة ، فهل قوة التعلق متساوية فى كل الديون ؟ إنه مما لا شك فيه أن الديون ليست متساوية فى قوتها • وإن اتحدت فى تعلقها . ومن المتفق عليه أن الديون التى تعلقت بالتركة أو ببعضها قبل الوفاة أقوى من الديون التى لم تتعلق بالتركة إلا بالوفاة . أو بعبارة أدق لم يظهر تعلقها بالتركة ، إلا بعد الوفاة ، فإذا كان فى الديون دين قد وثق برهن من التركة قبل الوفاة ، فهو أقوى من سائر الديون التى لم يكن لها هذا التوثيق ، ولذلك تكون الأعيان المرهونة مخصصة لسداد الديون المتعلقة بها . فلا يسدد منها سواها إلا بعد سداد ديونها منها ، وما بقى يكون لسائر الغرماء الذين لم يكن لهم ذلك التوثيق العينى فيها •

ولقد قرر الشافعى هذا وأعطى الديون الموثقة برهن حقا فيه بحيث يكون

---

(١٤) قد ذكر استاذنا المرحوم الشيخ احمد ابراهيم (بك) ثمرات الاختلاف مجملة وعددها كلها فى بحثه فى التركات ص ٦ و ١٩ .

كل جزء منه ضامنا لها ، ولا يتجزأ الضمان قبل الوفاة بديونها ، فــلا تخلص حصته منها بسداد ما يخصها من ديون ، بل لا خلاص لأى جزء من التركة الا بسداد الديون كلها إذا كانت كلهــا مرهونة ، فليس لأى وارث أن يختص بجزء من التركة فى هــذه الحــالة ، ويسدد ما يخص ســهامه من الديون ، إلا إذا ارتضى الدائنون ذلك ، فإنهم إن ارتضوا فقــد تنازلوا عمــا لهم من حــق ، وكل صاحب حــق له أن يترك حقه وما لأحــد عليه من سبيل فى ذلك .

وقــد خالف الشافعى نظريته التى تسوغ تجزئة الضمان ، إذا لم تكن التركة مرهونة قبل الوفاة ؛ ولذلك فرق بين الرهن الجعلى الذى يكون بإرادة المورث قبل وفاته ، والرهن الشرعى الذى يجعل التركة كلها قــد تعلق بها حق الدائنين بأن الأول لا يمكن تجزئة الضمان فيه ، أما الثانى فالضمان فيه عند الشافعى يقبل التجزئة بسداد كل وارث ما يخص حصــته من دين ، واســاس هــذه التفرقة ان الوارث يخلف مورثه فى ماله ، ويكون له فيه كل ما كان لمورثه من حقوق ، ولم يكن سائغا للمورث أن يسدد بعض الدين ، ويفتك ما يقابل ما ســدده من العين ، فكذلك لا يكون سائغا للوارث ذلك ، ولكنه إذا لم يكن رهن كان يسوغ للمورث أن يبيع بعض ماله ليسدد الديون غير الموثقة برهن ، فكذلك ينتقل ذلك الحق إلى الوارث ، هــذا هــو المذهب الشافعى .

وقــد علمت أن المذهب الحنفى يجعل الضمان فى التركة غير قابل للتجزئة ســواء أكانت الديون موثقة برهن ام كانت غير موثقة ، بيد أن الديون الموثقة بالرهن تسدد أولا من الأعيان المرهونة ، ولا ينازعها غيرها فيها ، حتى يكون فضل فى قيمة العين ، فيكون لسائر الديون ، هــذا وكون الدين الموثق برهن أو نحــوه مقــدما فى الأداء من العين المرهونة لا يمنع انه أيضا متعلق بسائر التركه إذا لم يكن فى المرهون وفاء ، أو هلك بعض الباقى المرهون ، ولم يكن فى الرهن وفاء ، فإن الباقى يكون فى التركة ، ولكنه على أى حال يستوفى أولا من العين التى تعلق بهــا الدين .

ولقــد جاء فى أحــد أحكام محكمة الاستئناف المختلطة ما ترجمته : « إن الدائن إذا كان له رهن على بعض أعيان التركة ، ليس له حق فى غير الأعيان المرهونة إلا إذا ثبت أنهــا لا تكفى لأداء الدين يوم مطالبته بالأداء ، لا يوم إنشاء الدين ، ولا يوم فتح التركة ، وإثبات أن الأعيان المرهونة لا تكفى للوفاء بالدين ، يكون عبؤه على الدائن ، لأنه عقد الرهن مختارا ، والظاهر المفروض أنه ما قبله إلا على أساس أنه يكفى لضمان الوفاء ، فإذا ادعى بعــد ذلك أنه لا

يكفى يكون مدعياً خلاف الظاهر؛ والإثبات واجب على من يدعى خلاف الظاهر(١٥) • وبهذا يقرر الحكم أن الدائن الذى تعلق حقه بعين لا يطالب إلا منها ، ولا يطالب فى غيرها إلا إذا أثبت أنها لا تكفى لأداء دينه يوم مطالبته بالأداء ؛ وهذا نظر غير بعيد عن مقصد الشريعة ، بل هو نظر حكيم لتنفيذ مبادئها تنفيذا سليما فى الجملة(١٦) •

٢١ — والديون التى ليست متعلقة بالأعيان قبل الوفاة ليست مرتبة واحدة فمنها ديون الصحة ، ومنها ديون المرض ؛ وديون الصحة هى الديون التى تثبت فى حال الصحة بالبينة أو الإقرار ، والديون التى تثبت بالبينة فى حال المرض — والديون التى باشر المريض أسبابها فى مرضه كثمن ما اشتراه ؛ أو دين اقترضه فى حال مرضه فهذه الديون كلها لا تعد ديون مرض ؛ لأنها ثابتة فى حال الصحة أو ثابتة فى حال المرض بحجة كاملة تثبت على الكافة ؛ ولا تعتبر حجة قاصرة • أما ديون المرض ؛ فهى الديون الثابتة فى حال المرض بإقرار المريض فى مرضه فقط من غير حجة سوى الإقرار الذى حدث فى مرض الموت ؛ والحنفية وحدهم هم الذين فرقوا بين ديون المرض • وديون الصحة • وجمهور الفقهاء لم يفرقوا بين دين ثبت بالإقرار فى حال المرض وغيره ، والأساس فى ذلك عندهم أن حقوق الدائنين تعلقت بمال المريض فى حال مرضه الذى اتصل بالموت ، وإذا كانت حقوق الدائنين قد تعلقت بها • فلا يلزمهم ما يثبت بالإقرار فى حال المرض ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر على ما هو مقرر فى باب الإثبات ، والإقرار فى حال الصحة يلزم الكل ؛ لأن الديون فى وقت الصحة محلها الذمة ؛ فكل إقرار بدين يجعل الذمة مشغولة به ، فإذا جاء المرض الذى اتصل بالموت • فإن كل دين يتعلق بالأعيان مع الذمة •

ومن جهة أخرى فإن الدين الذى يثبت بالإقرار وحده فى حال المرض من غير أى قرينة تؤيد الإقرار يكون الإقرار مظنة المحاباة ، والمحاباة فى مرض

---

(١٥) حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر فى ٢ إبريل سنة ١٩٣٥ •

(١٦) يذكر الفقهاء الديون التى تتعلق بالأعيان ، فيذكرون منها : (أ) الرهن : فإن الدين يكون متعلقا بالعين المرهونة • (ب) والعبد الذى جنى جناية توجب ارشا اى عوضا ماليا ، فإن الحق يكون متعلقا برقبته يباع فى سبيله • (جـ) العين المستأجرة إذا قدم المستأجر أجرتها ، فان العين تكون مرهونة بالأجرة التى عجلت • وهذا على راى من يرى ان الإجارة تنفسخ بموت أحد المتعاقدين • (د) والمشترى إذا مات مفلسا ولم يكن دفع ثمن المبيع ، فإن الثمن يتعلق بالمبيع إذا لم يقبض (اى المبيع) عند الحنفية ، وقبض أو لم يقبض عند الشافعية •

الموت فى حكم الوصايا . وهى تؤخر عن الديون ، فلدفع هذا كانت ديون الصحة مقدمة فى الأداء على ديون المرض ، بحيث إذا كانت التركة لا تكفى الدينين استوفيت منها أولا ديون الصحة فإن بقى شىء قسم بين أصحاب ديون المرض بنسبة ديونهم .

أما جمهور الفقهاء فلا يفرقون بين ديون صحة وديون مرض ، لأن الإقرار حجة ملزمة لا تلغى إلا إذا ثبت نقيضها ، فما لم يقم دليل على الكذب فيه فمضمونه ثابت ، وتعلق حق الدائنين إنما يثبت أو ينكشف بالموت ، وهو حق فرضى اقتضاه الفرض ، فلا يتوسع فيه ، ولأننا لو ضيقنا الإقرار ، أو ضيقنا حدوده لكان فى ذلك تضييق على المريض فى سبيل إبراء ذمته ، وتبريد جلدته كما عبر الأثر .

وعلى ذلك تكون الديون غير المتعلقة بالأعيان سواء ، فإذا كانت التركة لا تتسع لكل الديون وفيها ديون صحة وديون أقر بها المريض فعلى مذهب جمهور الفقهاء يكون لكل دائن مقدار بنسبة دينه من غير تفرقة بين دين صحة ودين مرض ، بل الجميع سواء .

ديون الله وديون العباد

٢٢ ـ هذه مراتب الديون ، وهى ثلاثة على مذهب الحنفية كما رأيت : ديون تعلقت بأعيان التركة قبل الوفاة ، وديون لم تتعلق بالأعيان قبلها ، وهى ديون صحة ، ثم الدرجة الأخيرة ديون المرض لغير الوارث . أما الإقرار فى المرض للوارث فلا ينفذ إلا باجازة الورثة ، أى أنه يتأخر كما ترى عن حق الورثة فلا يعد من الديون(١٧) .

ولكن ما هى الديون المعتبرة التى تتعلق بالتركة وتتقدم على حقوق الوارثين أهى عامة شاملة ، فتشمل ديون الله سبحانه وتعالى ، ومنها الزكوات ، أم هى مقصورة على الديون التى لها مطالب من العباد ؟

لقد اختلف الحنفية مع جمهور الفقهاء فى هذه المسألة ، فالحنفية يرون

---

(١٧) وهذا لخشية المحاباة ، ولكن قانون الوصية اجاز محاباة بعض الورثة ، فيكون ـ بمقتضى أحكامه الإقرار فى المرض للوارث نافذا فى حدود ثلث التركة .

أن الديون الثابتة هي التي للعباد ، أي التي لهـا مطالب من العباد ؛ أما ديون الله سبحانه وتعالى التي ثبتت حقـا للفقراء . وليس لها مطالب معين من الناس كالزكـوات ، والكفارات ، والنـذور ، فإنها لا تثبت دينـا يتعلق بالتركة بعـد الوفاة . ويقـدم على الوصايا والمواريث . وقال جمهور الفقهاء أن ديون الله سبحانه وتعالى التي وجبت بإيجابه سبحانه وتعالى تكون واجبة ومتعلقة بالتركة ويتقـدم الوفاء بها على الوصايا والمواريث . وإن أوصى بهـا لا تكون مقيدة بالثلث ، لا ينازعها غيرها من الوصـايا لأنهـا مقـدمة على أصـل الوصـايا والمواريث ، فالوصية بها كالوصية بأداء دين ثبت لا يكون الوجوب فيه بالوصية بل يكون الوجـوب بغيرها . لكن كانت الوصـية لتأكيد الاداء . وللإعـلام بالوجوب ، كمن يقر بأن عليه دينـا للعباد ؛ ويوصى بأدائه . بخـلاف المذهب الحنفى فى ذلك ، فإن الوجوب فيها لا يثبت على هـذا المذهب إلا بالوصية بعـد أداء الديون ، ويؤدى من الثلث فقط . ولا يتجاوزه إلا باجازة الورثة .

وأساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم فى هـذه القضية أمران :

(أحـدهما) أن حقوق الله سبحانه وتعالى المـالية عبادات عند الحنفية . ولا تؤدى إلا بالنية والاختيار . وحيث مات الشخص فقـد فقـدت النية . وفقـد الاختيار ، فلا تؤدى من ماله . ولا يؤدى أحـد عنه وجوبا ، لأن من يؤدى عنه يجب أن يكون أداؤه بإنابته وأمره . ولو أدى الوارث أو من يقيمه القاضى فليس لواحـدة منهما صـفة الإنابة الموجبة ، وإن ادى الوصى المختـار من غير إنابة فهو مثلهما . وإن أنابه فقـد أنشأ وصية . ويؤدى بهـذه الصفة . فتؤخر عن الديون التي لها مطالب من العباد .

أما على رأى جمهور الفقهاء فهذه التكليفات من زكوات وصدقات مئونة المال وتكليفات قائمة به ، لا تحتاج إلى النية . ولذلك تجب فى مال الصغير والمجنون والمعتوه ، وإن لم تتحقق منهم نيـة عبادة . ويستدلون على ذلك بورود الآثار الموجبة للزكاة فى مال اليتامى ؛ مثل قوله صلى الله عليه وسلم (من ولى على يتيم فليؤد زكاة ماله) ولأن سبب وجوب الزكاة ملك النصاب وقـد وجـد . أما الحنفية فيستدلون لرأيهم بأن الزكوات والصـدقات والنـذور أفعال شرعية ، والأفعال الشرعية لا تكون إلا من مكلف كامل التكليف تصـح منه النيـة ، والآثار الواردة فى هـذا الباب التي يستدل بهـا الجمهور ليست صحيحة فى نسبتها إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فى نظر الحنفية .

ولهـذا المعنى ، وهو اعتبار الحنفية الزكوات والكفارات عبادات — لم تكن ديونا ثابتة فى التركة ، ولذلك ما اعتبروه من الزكوات مئونة لا يحتاج إلى نية ، وهـو زكاة الزروع والثمار — اعتبروه دينا قائمـا فى الزرع والثمار بعـد الوفاة ، إذا كان الزرع والثمار اللذان لم تؤد زكاتها قائمين بذاتهما فى التركة فإنه يؤخـذ منهما عشرهما أو نصف عشرهما ، (إن سقيا بآلة) ولو لم يوص بذلك ويكون مع الديون ، بل يكون كالديون التى تعلقت ببعض أعيان التركة قبل الوفاة ، ويؤدى من الزرع والثمر الذى وجبت فيه ، وهـذا ما جاء فى ظاهر الرواية ، وروى عن عبد الله بن المبارك عن أبى حنيفة أنه يسقط بالموت كسائر الزكوات ، وكذلك الحكم إذا كان قـد استهلك على اختلاف الرواية عن أبى حنيفة لأن القيمة قائمة مقام العين ، سواء أكان المستهلك المـالك أم غيره ، ويكون دينا فى ذمة المـالك ، وقال أبو يوسف : إن أهلكه لا يكون دينا فى ذمته ، وترى من هـذا أن الحنفية أسقطوا من التركة الدين الذى اعتبر عبـادة ، وأوجبوه فى التركة ما اعتبر مئونة المـال • هـذا هو الأصل الأول الذى انبنى عليه الخلاف بين الحنفية والجمهور • أما الأصل الثانى ، فهـو أن الزكوات وأشباهها وجبت فى المـال باعتبارها صلة ، لأنها لا يقابلها عرض مالى ، والصلات تسقط بالموت وهـذا عند الحنفية ، أما غيرهم فلم يعتبرها كذلك ، بل اعتبرها مئونة مالية ، كالخراج فى الأراضى الخراجية ، والعشر فى الأراضى العشرية •

٢٣ — لهـذين الأصلين يقرر فقهاء الحنفية أن الزكوات والنذر والصدقات يسقط أداؤها بعد الوفاة إذا لم يوص بها ، وليس معنى ذلك زوال كل أثر لتقصيره بل إن سقوطها فى الحكم الدنيوى ، أما الحكم الأخروى ، فأمره إلى ربه ، إذ هـو آثم بمـا ترك من واجب عليه •

وإذا كان جمهور الفقهاء يعتبرون الديون المتعلقـة بحقـوق الله سبحانه وتعالى واجبة الأداء على أنها ديون كديون العبـاد ، فقـد اختلفوا فى مرتبة أدائها ، وإن اتفقوا على أنهـا مقـدمة على الوصـايا والمواريث ، وكانوا على أقـوال ثلاثة :

أولها : قول الحنابلة أنها تكون كديون النـاس المرسلة التى لم تتعلق بأعيان المـال ، فإن ضاق المـال عن الديون جميعها كان لكل دين حصة بمقـدار نسبته إلى الديون الأخرى ، لأن الديون التى تتقـدم على غـيرها هى الديون المتعلقة بأعيان الأموال ، فإن كانت الديون المتعلقة بحقوق الله سبحانه وتعالى مرسلة فهى كسائر الديون المرسلة للعباد •

ثانيها : قول المالكية ، وهو أقرب الأقوال إلى مذهب الحنفية ؛ وهو أن ديون العباد مقدمة على الديون المتعلقة بحقوق الله سبحانه وتعالى ، وهم يختلفون عن الحنفية في أمرين : (أحدهما) في اعتبار هذه الحقوق ديونا تثبت من غير وصية . (وثانيهما) أنها لا تحسب في الثلث ؛ وتقدم على الوصايا والمواريث ، ولكن المالكية لا يجيزون أداء هذه الديون - إلا إذا أشهد المتوفى على نفسه وهو حي أنها واجبة في ذمته ، وهذا الإشهاد للإعلام لا للإيصاء ، ومن هنا يتبين التقارب بين المالكية والحنفية مع الاختلاف في جوهر الأداء . وأساس هذا الرأي أن القاعدة المقررة أن الحق الذي له مطالب من العباد أولى بالأداء . فالله عفو كريم .

ثالثها : قول الشافعية أن ديون الزكوات إن كان نصابها قائما لم يهلك ولم يستهلك قبل وفاته ، أي أن المال الذي وجبت فيه الزكاة لا يزال قائما بحاله فإن الزكاة تكون مقدمة في الأداء منه على أي حق سواها . وذلك لأن الزكاة بعضه وما كانت ملكيته كاملة للمتوفى ، إذ فيها حق شائع للسائل والمحروم وليس للمتوفى منه إلا باقي هذا المال بعد حق الفقراء فيه ، فالزكاة تعلقت به كما تعلق حق المرتهن بالعين المرهونة على الأقل . إذ أنه أقوى من ذلك بكثير ، وإن كان المال الذي وجبت فيه الزكاة غير قائم ، بأن استهلك أو هلك فإن الدين ينتقل إلى ذمة من وجب عليه الحق ، ويكون كالكفارات غير المعينة في شيء بعينه . وفي المذهب الشافعي في هذه الحال وجهان (أحدهما) أن يكون مؤخرا عن سائر الديون التي لها مطالب من العباد ؛ كقول المالكية السابق . لأن مطالبة آحاد العباد تجعل لحقهم قوة ليست في ديون الله تعالى التي تعلقت بالذمة لا بالأشياء . والوجه الثاني أنهما يكونان سواء ؛ لأنه إن كان دين العبد قد قوي بحق المطالبة التي يلزم بها القضاء ، فقد قوي حق الله بأمرين آخرين (أحدهما) ما أثر عنه صلى الله عليه وسلم من أنه قال : « دين الله أحق بالقضاء » فإنه يصرح بأن دين الله سبحانه وتعالى « أحق بالوفاء » . (وثانيهما) أن هذه الديون ، وإن كان المطالب بها هو الله سبحانه وتعالى ، هي حق الفقير والمسكين ؛ والسائل والمحروم ، فهي أيضا من حقوق العباد . وقد قدس الله سبحانه وتعالى حقها ، فتولى المطالبة بها بهذه التكليفات الشرعية . وهذا الوجه هو الراجح في المذهب الشافعي .

٢٤ — هذا ويجب التنبيه إلى أن فقهاء الظاهرية يقدمون كل حقوق الله سبحانه وتعالى على ديون العباد ، غير مفرقين بين حق قام بمال قائم إلى

وقت الوفاة ، وحق قــد هلك ، أو استهلك ما قام به ، وانتقل الوجوب من التعلق بالشيء إلى التعلق بالذمة المجردة ، فيبدأ عندهم من مالــه بأداء ما فرط فيــه من زكاة وكفارة ، وحج ، فإن كان المــال لا يكفي هــذا كله أدى من كل بحصته من التركة ، أى قسمت التركة على هــذه الحقوق بنسبتها ، وأساس هذه الفكرة عندهم صريح الخبر « دين الله أحــق بالقضاء » فقــد صح ذلك الخبر عندهم فلا تخريج فيما وراء النص ، فيؤخــذ به على ظاهره •

هــذا ولا شك أن المعمول به هو المذهب الحنفي الذى لا يعتبر حقــوق الله سبحانه وتعالى واجبة الأداء إلا إذا أوجبتها وصية ، وإذا وجبت بالوصية كان مقامها مقام الوصايا ، لا يلتفت إليها إلا بعــد سداد الديون ، ولا تنفذ فى أكثر من ثلث الباقى بعــد سداد الديون إلا باجازة من الورثة ، والله سبحانه وتعالى يتولى الجميع •

حلول الديون المؤجلة

٢٥ ــ الفقهاء المسلمون ــ إذا استثنينا الظاهرية ــ على أن الديون المؤجلة لا تحل بوفاة الدائن ، وذلك لأن الأجل من حــق المدين ، ولا يؤثر فى ذلك الحق موت الدائن ، ولأن الدين محله ذمة المدين ، وذمــة المدين لا تتــأثر بوفــاة الدائن ، فلا ينتقل الدين من الذمة إلى الأموال ، لأن المدين ما دام حيــا ، فذمته صالحة لأن تشغل بالدين وجــدها ، فلا يؤثر فيها وفاة غيره •

وقــد احتج الظاهرية لحلول الدين المؤجل بوفاة الدائن بأن التأجيــل اتفاق شخصى بين الدائن والمدين ، أساسه الثقة المتبادلة بينهما • وهذا الاتفاق المبنى على الثقة من الدائن للمدين لا ينتقل إلى ورثة المتوفى • ولأن المدين إذا توفى سقط الأجــل عند الجمهور ، والتساوى فى الحقوق والواجبات يوجب أن يكون الموت سببا لسقوط الأجل ، سواء أكان الأجل حقا للمتوفى أم كان حقــا عليه ، وليس بسائغ أن نجعله سببا لسقوط الأجل فى حال دون حال ، ورأى الجمهور هو الأرجح دليلا ، والأقوى نظرا ، لأن الموت لم يعهد سببا لسقوط حق المدين ، فلا يؤثر فيه بالإسقاط •

٢٦ ــ هــذا إذا كان المتوفى هو الدائن ، أما إذا كان المتوفى هو المدين فالجمهور من الفقهــاء على أن الديون المؤجلة تصير حالة ، وخالفهم فى ذلك

الحنابلة ، فقرروا أن الديون لا تحل بوفاة المدين ، كما لا تحل بوفاة الدائن . ولقد اشترط المالكية فى حلول الدين بوفاة المدين شرطين :

(أحدهما) ألا يشترط المتداينان عدم حلول الدين بوفاة المدين ، فإن كان ذلك الشرط ، فإن الشرط شريعة المتعاقدين ، أو كما قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : مقاطع الحقوق عند الشروط ، فحيث كان الشرط وجب اتباعه ، وانتقل ممن له الحق إلى ورثته .

(وثانيهما) ألا تكون وفاة المدين بعدوان من الدائن ، لأن العدوان لم يعهد فى الشرع الإسلامى سببا لاكتساب حقوق لم تكن . إذ الحقوق نعم ، والمعصية لا توجد النعمة ، بل توجب العقاب ، وفى الجملة نقول أن الفقهاء ما عدا الحنابلة يقررون أن الأصل هو حلول الديون بوفاة المدين ، وسقوط الأجل فى كل الأحوال إلا ما اشترط مالك ، وقد بينا الأساس له من القياس الفقهى ، وحجتهم تقوم على أساس من الحديث ، والآثار والأقيسة الفقهية .

(أ) أما الحديث فهو ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : (نفس المؤمن مرتهنة فى قبره بدينه إلى أن يقضى عنه) فإن هذا الحديث يقتضى التعجيل بقضاء الدين فكا لهذه النفس المرهونة بالقضاء ، وذلك يقتضى سقوط الأجر تبرئة لذمته وتبريدا لجلدته .

(ب) وأما الآثار عن الصحابة والتابعين فهو ما روى عن ابن عمر وكثير من التابعين من أن الديون المؤجلة تحل بالموت ، وآراء الصحابة إذا لم تعرف مخالفة بينهم فيها تكون حجة واجبة الاتباع عند أكثر العلماء ، ولم يعرف لابن عمر مخالف فيما ارتآه فيكون كلامه حجة متبعة .

(جـ) وأما القياس فمن وجوه (أولها) أن التأجيل كان أساسه الثقة بالمدين ، وقد مات المدين ، فلم يعد الوجه الذى كان يطمئن به الدائن فينتظر إلى انتهاء الأجل ، (وثانيها) أن الأجل كان للترفيه عن المدين ليسعى فى وفاء دينه فى رفق ويسر بلا مشقة ، وبالموت ذهب كل أمل فى السعى ، فلم يعد فى التأجيل فائدة بل فيه كل المضرة بالمدين ، لأن تأخير الوفاة تأخير لبراءة ذمته التى أصبح فى أشد الحاجة إليها ، ليلقى وجه الله بريئا من كل حق للإنسان فى رقبته . (وثالثها) أن فى التأجيل ضررا بالوارث لأن فيه تأخيرا لاستخلاص حقه فى الميراث ، إذ أن الميراث لا يستخلص إلا بعد أداء الدين

لقوله تعالى : « من بعـد وصية يوصى بها أو دين » • (ورابعها) أن التأجيل كان أساسه أن الدين وصف قائم بالذمة ، وإذا مات المدين فقد تعلق الدين بالمـال ، ولا توجد ذمة قوية تحل به ، وأنه إذ تعلق بالمـال كانت المصلحة فى التعجيل بأدائه لتفك رقبة المـال ، أو بعض رقبته ببيع الآخر للوفاء به ، وإذا قررنا أن الدين يكون مؤجلا فلمن يكون حـق التأجيل !! لا جائز أن يكون حقاً للدائنين ، لأن فيه منفعة للدائن على مقتضى منطق الشريعة الذى يمنع الربا ، ولا جائز أن يكون حقـا للورثة ، لأن كونه حقا لهم فرع ثبوت الدين فى ذمتهم ، وهو لا يثبت فى ذمتهم ، ثم فى التأجيـل ضرر عليهم فى تأخير استخلاص حقهم كمـا بينـا •

٢٧ ـ هـذه حجة الجمهور فى قولهم أن الديون المؤجلة تصير حالة بموت المدين ، وحجة الحنابلة الذين رأوا أن الديون المؤجلة تستمر مؤجلة ، ولو مات المدين تقوم على أمرين :

أحـدهما : قوله صلى الله عليه وسلم : (من ترك حقا أو مالا فلورثته) ولا شك أن التأجيل حق للمدين ، اكتسبه باتفاق ورضا من الجانبين فينتقل إلى ورثته ، كـكل حق كان للميت فى حياته إذهم خلفاء الميت فى كل مالـه ، من حقـوق •

ثانيهما : أن الأجل فى كثير من الأحوال يقابله بعض المـال ، وذلك فى غير القروض ، بل يجىء فى ثمن الأشياء ، فإن عرف الناس فى القـديم والحديث يجرى على أن يكون ثمن الشىء نسيئة أكثر من ثمنه معجلا ، فإذا حـل ذلك الثمن النسيئة بموت المشترى كان فى ذلك غبن عليـه وعلى ورثته من بعـده ، ولذلك كان المعقول ألا يحل الدين بموته ، حتى لا يحل ذلك الغبن(١٨) • ومن الحق علينا أن نبين بعض التبيين مذهب أولئـك الحنابلة الذين قرروا أن التأجيل لا يسقط بوفاة المدين ، لأنه كيف يسوغ التأجيل مـع أن الدين لا يقوم

---

(١٨) جاء فى الدر المختار فى باب المرابحة ما يفهم منه انه إذا كان بعض الثمن مقابلا الاجل ، ومات المشترى فى أثناء المدة فإنه ينقص من الثمن مقـدار ما يقـابل الجزء الباقى من الأجـل ، وقال إن فيه رفقا بالعاقـدين ، وإن المتأخرين من علماء المذهب أفتوا به وان المولى ابا السعود ارتضاه ، وعندى ان هـذا الاستنباط من المتأخرين لا يخلو من شبهة الربا ، والربا حرام ، وشبهته حرام •

بذمة الورثة(١٩) حتى يكون التأجيل حقـا لهم ؛ وكيف يسوغ التأجيل مـع أن الأساس فيـه الثقة بالمدين ؟ لقـد قرروا أن الدين يستمر مؤجـلا إذا طلب الورثة ذلك ، وقـدموا رهنا ، أو كفـل الدين كفيـل ؛ ففى هـذه الحـال يستمر الدين الى أجـله ؛ وإذا كانت هنـاك ديون حالة تستوفى من التركة ، وما يبقى تسدد منه الديون المؤجلة التى وثقت بالكفالة أو الرهن ، بشرط ألا تقـل العين المرهونة فى قيمتها عن مقـدار الدين ؛ وعـلة ذلك بينة ، وإذا لم يكن ثمة عين مرهونة ، ولا كفيل يكفل فإن الأجل فى هذه الحال يسقط للضرورة ، وتكون الديون المؤجلة كالديون الحالة ؛ كل منها يثبت مستحق الوفاء من وقت الوفاة ؛ وهـذا معقول فى ذاته ، لأنه يجب الاحتياط للدائن والمدين معـا ، وقـد كان الاحتياط للمدين بوجوب الأجل إن تمسك به الورثة . لكيـلا يذهب عنهم حق كان لمورثهم . والاحتياط للدائن كان بهـذا التوثيق ، لأنه سـيؤجل لغير من اشترط معه . فلابد من كفيل مليء برضاه ، أو رهن يضمن الوفاء عند التقصير فى الوفاء . وهـذا الحكم سائر . سواء كانت التركة مستغرقة بالديون ، أم كانت غير مستغرقة ، بيد أنه إذا كانت التركة مستغرقة بالديون والديون المؤجلة أكثر من قيمتها فإنه لا يشترط ألا تكون قيمة الرهن أقـل من قيمة الدين بل الشرط ألا تكون قيمة الرهن أقل من قيمة التركة ؛ ونقول بإجمال : يشترط ألا تكون قيمته دون الأقل من التركة والدين . وبذلك يكون الكلام عاما للمستغرقة ، وغير المستغرقة ، على ذلك فإن الديون الحالة تقـدم فى الوفاء من التركة إن وثقت الديون المؤجلة بكفالة أو رهن .

ويصير الدينان المعجل والمؤجل على سواء فى حالين :

(إحـداهما) إذا تأخر سداد الدين الحال بسبب من الأسباب إلى ان حل الأجـل ، فإنه فى هـذه الحال يكون الدينان متساويين فى الأداء ، إلا إذا كان أحـدهما قـد تعلق بعين من أعيان التركة قبل الوفاء .

---

(١٩) يلاحظ هنا أن القاضى ابن ابى يعلى من الحنابلة يرى أن الدين بعـد وفاة المدين يكون فى ذمة ورثته بشرط الا يزيد عن قيمة التركة . ويعترض على هـذا بأنه شغل للذمة من غير رضى من الوارث . وبأن المقرر أن الدين يتنافى بالعين . ويستوفى منها ، ولا تخلص التركة للورثة من غير وفائه . فكيف يتعلق قبل الوفاء بذمة الميت وبعـد الوفاة بذمة الورثة والعين ، وبأن المطالبة كيف تثبت على شخص من غير مباشرة أسبابها ؛ ولذلك كان هـذا الرأى غريبا فى الاقيسة الفقهية .

(الثانية) حال الضرورة ، وهى إذا لم يوثق أداء الدين المؤجل برهن أو كفيل فإن الأجل يسقط كما ذكرنا ، ويكون كلاهما حالا •

٢٨ — وقبل أن نترك كلام الفقهاء فى هذا المقام نشير إلى أن بعض التابعين ومنهم الحسن البصرى ، وطاووس ، والزهرى ، وغيرهم — رأوا أن الديون المؤجلة لا تحل بالوفاة ، ولا حجة إلى أن توثق برهن أو كفيل إلى أن ينتهى الأجل ، ولا ضرر فى هذا إذا كانت التركة غير مستغرقة بالديون ، وتسع الديون الحالة والمؤجلة ، ولا تضيق عنهما •

وإذا كانت التركة مستغرقة بالديون ، فقد استشكل الأمر بعض الباحثين ، وعندى أنه لا إشكال ، لأن التأجيل إنما هو حق الورثة ، فإذا كانت مستغرقة بالديون ، فإما أن نقول لا شأن لهم بها ، بل تكون حقوق الدائنين ثابتة فيها ، وبذلك لا يكون حق التأجيل لأحد ، لأن أصحابه قد بعدوا عن التركة ، وأما أن نقول أن حقهم لا يزال قائما ، وهو الملكية فإن التركة متعلقة بها الديون الحالة بنسبتها ، وما تبقى يكون لأصحاب الديون المؤجلة ، وليس لهم أن يبيعوا ما خص حصصهم إلا بعد انتهاء الأجل ، والنماء يكون للورثة على قول من يقول أن استغراق الديون للتركة لا يمنع الورثة من ملكيتها ونمائها •

٢٩ — ما ذكرناه كان حكم الفقه ، فلننتقل إلى حكم القانون المدنى الجديد فى الديون المؤجلة فى التركات ، وأول ما نراه فيه أن واضعيه فرقوا بين التركة المستغرقة بالديون ، والتركة غير المستغرقة ، فالتركة المستغرقة بالدين الأصل أن تحل فيها الديون المؤجلة كما قرر الذين وضعوا المشروع ، وكما هى القواعد العامة للتداين ، وبهذا سلكوا مسلك جمهور الفقهاء ، فلقد جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه : « التركة المعسرة تحل فيها الديون المؤجلة وتوزع كلها على الدائنين » واعتبرت المذكرة التفسيرية الأحكام التى جاءت فى نصوص القانون خاصة بحلول الديون المؤجلة بناء على طلب الورثة وتجزئة الضمان مع التأجيل إن لم يطلبوا — اعتبرت ذلك فى التركة غير المستغرقة بالدين ، وعلى ذلك يكونون قد اعتبروا التركة المستغرقة بالدين الأصل فيها أنه لا شأن للورثة فيها كما هو مذهب الحنفية إلا أن يشاءوا استخلاصها بسداد كل ما عليها من ديون • وفى هذه الحال لهم أن يطلبوا مجتمعين أو من يريد الاستخلاص منهم إنهاء الديون على أن يسددوا فوائد ستة أشهر إن كان ثمة اتفاق على فوائد ،

كما هو حكم المادة ٥٤٤ من القانون المدنى[٢٠] ومهما يكن فذلك متفق مع ما نص عليه بالنسبة لغير المستغرقة فى الجملة .

أما حال عدم الاستغراق ، ويسار التركة كما عبر مفسر القانون ، فإنه اعتبر التأجيل حقاً للدائنين ، وحقاً للورثة ، أما اعتباره حقا للدائنين فللفوائد التى اتفقوا عليها مع المورث ، ولذلك وجب أن يعوضوا عن هذا الحق ، وذلك أخذا بمبدأ مقرر ، وهو التعويض عن فوائد ستة أشهر من وقت الإعلان بحلول الدين[٢١] إذ أن الورثة إن اتفقوا على حلول الديون المؤجلة كان لهم ذلك مع ملاحظة المادة التى تقرر هذه الفوائد ، فقد جاء فى المادة ٨٩٤ ما نصه : « للمحكمة بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل ، وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن مراعية فى ذلك المادة ٥٤٤ » .

أما حق الورثة فى التأجيل فقد أثبته القانون لأنه يقرر أن التعجيل يكون

---

(٢٠) هذا هو ما نصت عليه المادة ٥٤٤ من القانون ، ونصها : إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض ان يعلن رغبته فى إلغاء العقد ، ورد ما اقترضه على ان يتم الرد فى اجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الاعلان . وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أو تعاملا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقترض فى الرد او الحد منه .

(٢١) وإن وجوب فوائد للدائن عن مدة ستة أشهر عند تعجيل الأداء يتفق مع منطق القانون المدنى المصرى ، وهو من القوانين الربوية التى تجيز الربا بقدر محدود لا يعدوه ولكنه لا يتفق مع منطق الشريعة الذى كان يجعل كل ربا محرما ، ولو مضى الزمن الذى كانت الفائدة فى نظيره ، فالله سبحانه وتعالى يقول « وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » والقانون إذ يجعل الأجل حقا للدائن لفائدته المقررة يبالغ فى حماية الربا من ناحيتين :

(احداهما) انه يجعل الفائدة سارية ، ولو سدد الدين قبل مدة ستة الأشهر .

(والثانية) انه يجعل حكم الفائدة ملزما للورثة من بعد وفاة من وصى بالربا ، ولا شك أن هذا مبالغة فى حماية الربا الذى يقرر أرسطو أنه كسب مناف للعقل وللطبع ، فيقول : « كان حقا علينا أن نستنكر الربا ، لأنه طريقة تولدت من النقد نفسه ، وهى تمنعه مما وجد لأجله لأن النقد لا ينبغى أن يكون الا للمعاوضة والربح منها ، والفائدة أو الربا هى نقد تولد عن نقد . وهذا النوع من الكسب هو من بين ضروب الكسب كلها ــ الكسب المضاد للطبع » . فليعتبر أولو الابصار ، الشرائع تحرم الربا ، والفلسفة تقرر أنه مناف للعقل ، والاقتصاد يقرر أنه سبب الأزمات ، ومع ذلك يقدسه القانون المدنى المصرى .

إذا اتفقوا جميعا عليه فإن لم يتفقوا جميعاً عليه بقى الدين مؤجـلا ، ووزع على الورثة كل بمقـدار حصته من التركة ، ويكون مما يخص كل واحـد ضامنا لـما عليه من دين ، وهـذا يستفاد منه أن التركة تقسم على الوارثين ، كل يأخذ ما يخصه محملا بدينه ؛ ويكون ما يخص كل وارث فيه ضمان كاف للدين ، إذ المفروض أن التركة غير مستغرقة بالديون ؛ ويكون المفروض تبعا لذلك أن جزء التركة الذى وقـع فى نصيب الوارث يفى بالدين الذى اختص به ؛ ولكى يكون الدائن مطمئنا على حقه يجوز للقاضى أن يرتب له حق اختصاص على عقارات التركة التى وقعت فى نصيب الوارث ، وذلك مع أن الدين مؤجل ، ولم يصـدر به حكم ، بل يجوز مطالبة الوارث بإضافة ضمان تكميلى من ماله الخاص ، أو مطالبته بأية تسوية أخرى كتقـديم كفيل أو عقـد تأمين لمصلحة الدائن ، فإذا لم يمكن أن يتحقق للدائن الضمان الـكافى ، فإن حقـه يبقى غـير قابل للتجزئة ، وضمانه هـو فى كل أموال التركة ، ما وقع منها فى نصيب الوارث ، وما وقـع منها فى نصيب الورثة الآخرين مع مراعاة اتخاذ الاجراءات اللازمة لشهر الحق ، وإذا ما قسمت الديون المؤجلة على الورثة على النحـو المتقـدم ، ورأى بعض الورثة تعجيل دفـع الديون التى اختصوا بها ، جاز لهم أن يطلبوا من القـاضى الحكم بحلول هـذه الديون وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن وفقا للأحكام التى تقـدم ذكرها(٢٢) ، أى مع احتساب الفوائد عن ستة أشهر .

---

(٢٢) راجـع المذكرة التفسيرية ، وهـذه الأحكام اشتملت عليها المـادتان ٨٩٥ و ٨٩٦ وهـذا نصهما :

المـادة ٨٩٥ — إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة ، وتوزيع اموال التركة ، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ، ومن جملة اموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الإرث .

(أ) وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأمينا كافيا على عقـار أو منقول على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هـذا التأمين فإن استحال تحقيق ذلك ولو باضافة ضمان تكميلى يقـدمه الورثة من مالهم الخاص ، أو بالاتفاق على تسوية اخرى رتبت المحكمة التأمين على اموال التركة جميعهـا .

(ب) وفى جميع هـذه الأحـوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قـد سبق شهره ، وجب أن يشهر هـذا التأمين وفقا للأحكام المقررة فى شـهر حـق الاختصـاص .

المـادة ٨٩٦ — يجوز لكل وارث بعـد توزيع الديون المؤجلة أن يدفع القـدر الذى اختص به قبل أن يحل الأجل طبقا للمـادة ٨٩٤ .

هـذا ما جاء بالقانون ؛ وقـد سقناه مع عبارة المذكرة التفسيرية ، حتى نكون حكايتنا له دقيقة . وتراه بالنسبة للتركة يقرر أن الأصل إبقـاء الأجل . وتقسيم التركة مع تجزئة الضمان ، إن كان فيما يختص به كل وارث ضمان كاف لسداد الدين ، مـع الحكم بحق الاختصاص فيـه ، وإن لم يكن الضمان كافيا ، فللدائنين المطالبة بالضمان الكافى ، وإلا لا يتجزأ الضمان ، ويكون لهم الحق فى الرجوع فى سائر التركة ، إن لم تسدد ديونهم .

وإن ذلك يتفق فى جملته مـع رأى الحنابلة الذين أجازوا للوارث أن يستمسك بالأجل . على أن يقـدم الضمان الشخصى أو العينى الذى يمكن الدائن من الاستفادة ، بيـد أن القانون قـد اعتبر نصيب الوارث كافيا للضمان إن كان فيه سـعة واضحة بينة واكتفى بحق الاختصاص عليه ، وهـو فى ذلك يتلاقى مـع رأى التابعين الذين يرون بقاء الأجـل ، من غير حاجة إلى ضمان غير التركة ، وهـذا كله مع ملاحظة أن الديون الحالة توفى قبل توزيع التركة ، وتوزيع الديون المؤجلة ذلك التوزيع ، فالقانون رفـه على الورثة بهـذا من ناحيتين :

(إحـداهما) بقاء حق التأجيل لجواز أن يستطيعوا سـداد الديون من غلات التركة ، أو من مال آخر يجىء إليهم بدل أن تبـاع التركه او بعضها بثمن بخس أو يحتمل أن يكون بخسا .

(وثانيتهما) بتقسيم التركة مع تقسيم الضمان من غير أن تستمر التركة موقوفة لا يستخلص كل واحـد نصيبه ، ويتصرف فيه حرا طليقا من القيود إلا ما يكون ضمانا لسداد ما عليها من حقوق يتحمل هو تبعاتها وحده بما يقـدم من ضمان مالى أو شخصى . اما الديون الحالة . فلا حاجـة إلى التوزيع قبل سـدادها .

ونحن لا نرى فى هـذا الجزء من القانون مخالفة للشريعة ، بل هو متفق فى الجملة مع لبها إلا فى مسألة الفوائد الربوية إذا اراد الورثة الوفاء بكل الديون المؤجلة ، وإلغاء الآجال ، فإن هـذه المعاملات الربوية لا تسوغها الشريعة ، لأنها لا تعرف رأس المـال ناميا بنفسه ، ولا تعرف الغنم من غير تعرض للغرم .

تنفيذ الحقـوق المتعلقة بالتركة

٣٠ ــ بينا فيما مضى من القول الحقوق المتعلقة بالتركة ، وذكرنا أنهـا مرتبتان (إحداهما) ما يكون أساسه حاجة الميت إليه من تجهيز وتكفين له هـو

ومن كان يعوله شرعا فى حياته ثم سداد ديونه ، فقد بينا أن ذلك من حاجة الميت • والمرتبة (الثانية) الخلافة التى تثبت عن الميت فى ماله • وهى خلافة اختيارية وتكون بالوصايا ، والأخرى خلافة إجبارية ، وتكون بالمواريث ، وقد بينا تنازع هذه الحقوق ومدى كل حق ، وأشرنا إلى أن أولاها بالأداء هو التجهيز والتكفين ،وسنفصل الآن القول فيه ، إذ نتكلم عن تنفيذ هذه الحقوق فنتكلم عن التركة وتقسيمها وطرق سداد ديونها ، وتنفيذ وصاياها ، وقبل أن نخوض فى ذلك لابد من بيان أمرين : (أحدهما) ما التركة التى تتنازعها هذه الحقوق ؟ أى يتعلق حق الدائن ، وحق الموصى له وحق الوارث ! (وثانيهما) ما التجهيز وما التكفين المطلوب ؟ وما مرتبتهما بالنسبة لسائر الحقوق المتعلقة بالتركة ؟

٣١ ــ التركة : قد اختلف الفقهاء فى الحقوق التى تنتقل بالوفاة إلى الورثة ما بين مضيق وموسع ، فذهب الحنفية والظاهرية إلى أن التركة التى تورث ، وتنتقل بالخلافة ، ويتعلق بها حق الدائنين ــ هى الأموال ، وكل حق تابع للأموال المملوكة للمورث ، فلا يدخل فى التركة إلا الأعيان والحقوق المالية التابعة لها ، وعلى هذا المذهب يدخل فى التركة ما يأتى :

(أ) الأموال المحوزة بكل أنواعها عقارات ومنقولات ، قيمات ومثليات ، سواء أكانت تلك الأموال تحت يد المالك أم كانت تحت يد نائبه ، كيد المستأجر والمستعير ــ والوديع ، أم لم تكن تحت يده ولا يد نائبه ، كالأموال المغتصبة •

(ب) الأموال التى لم تدخل فى حيازته ، ولكن له حق مقدر معلوم فيها وإن لم يعين بذاته • كنصيبه من غلات الوقف التى استحقها فى حياته ولم يتسلمها والدين الذى له فى ذمة غيره •

وهذا القسم قريب من القسم الأول ، ولكن يفترق عنه فى جزء ضئيل وهو أن الأول دخل فى حيزته ، وثبتت له يد عليه ، وإن خرج من يده ، فإلى يد نائبة عنه ، أو معتدية عليه مبطلة ، واليد المبطلة لا تلغى اليد المحققة ، كما هو مقرر فى الفقه الإسلامى ، أما الثانى فإن الحق المالى فيه ثابت ، ولكن لم تثبت للمالك فيه يد بعد •

(ج) الحقوق العينية التى ليست بمال فى ذاتها ولكنها تقوم بمال ، أو هى متصلة بأموال من القسم الأول ، وتزيد فى قيمة العين ، كحق الشرب وحق

المرور وحق المسيل ؛ وحق العلو ، وحق الحكر بوراثة البناء والغراس الذى جعل لـه حق الأولوية فى الإجارة . وكذلك الرهن ؛ فإن ورثة المرتهن ورثوا الدين موثقا به .

(د) خيارات الأعيان ؛ كالعين التى تعلق بها خيار العيب ، فإن خيار العيب يكون حقا للورثة . لأن العين قد ورثت . ومعها حق السلامة من العيوب فكان للوارث أن يختار بقاءها مع عيبها أو فسخ العقد الذى انعقد على أساس السلامة ، ومثل ذلك خيار فوات الوصف المرغوب فيه ، فإنه ورث العين مع ذلك الوصف المرغوب فيه ؛ فكان لـه الحق فى إبقائها مع تخلفه . أو فسخ العقد الذى فوت فيه الوصف مع أنه جزء من الاتفاق ؛ وكذلك خيار التعيين . فإنه ليس إلا تمييزا للملك من بين ثلاثة أشياء . إذ مقتضاه أن الملك ثابت فى واحد غير معين ؛ وكان التعيين حقا للمورث . فينتقل الملك مع حقه .

والخلاصة أن التركة التى تتعلق بها الحقوق بعد الموت هى الأموال ؛ والحقوق التى تعتبر خادمة لمال معين أو تابعة له ؛ أو موثقة له أو معينة ، أما الحقوق الشخصية التى تتعلق بمحض الإرادة والاختيار من غير أن تكون تابعة لعين مملوكة للمورث وخادمة لها . والتى لا تعد أموالا فى ذاتها ؛ فإنها لا تورث ولا تتعلق بها حقوق بعد الوفاة ؛ ومن ذلك :

(أ) الخيارات الشخصية البحت كخيار الشرط ، وخيار الرؤية . فإنهما ليسا إلا حق الفسخ من غير سبب قائم متصل بالعين . بل من حيث الرضا بالصفقة فى جملتها . ومثل ذلك حق الشفعة ، فإنه بعد المطالبة بها وقبل القضاء لا تورث عند الحنفية ، وادعى الظاهرية أنها حق خادم للعقار ، فهى متعلقة بالمال ، ووجهة الحنفيه أنها ليست إلا الرغبة فى الشراء ، فهى إرادة ومشيئة ، والإرادة والمشيئة لا تورثان .

(ب) المنافع ؛ فإنها لا تورث عند الحنفية ، فمن استأجر أرضا تنتهى الإجارة بموته ، لأن المنافع ليست أموالا فى المذهب الحنفى ، وإن كانت تتقوم بالعقد ، وكذلك إذا كانت الوصية بالمنفعة غير مقيدة بزمن ، وكانت لشخص معين ، فإنها تنتهى بوفاته ، لأن المنفعة لا تورث ، وهى لشخص الموصى لـه ، فتتقيد بحياته ، وإن كانت مطلقة عن الزمان .

والأساس هو كما قلنا أن الحنفية لا يعتبرون المنافع مالا له قيمة ذاتية ،

بمـا يقومها العقد ، والعقد إرادة شخصية تنتهى بوفاة العاقـد إن نظر إليه مجردا ، ولا تعتبر المنافع أموالا عند الحنفية لأن صفة المـالية عندهم لا تثبت إلا بالتمول ، والتمول صيانة الشيء وإحرازه ، ولذا لا يقال لمن ينتفع بالشيء مستهلكا له أنه متمول له ، فلا يقال لمن يأكل شيئا إنه يتمول ذلك المـأكول ، وإذا كان التمول كذلك فالمنافع لا يمكن تمولها ، لأنه لا يمكن إحرازها ... إذ أنها لا تبقى زمانين . بل تكسب آنا بعـد آن . وبعـد الاكتساب تتلاشى وتفنى فلا يبقى لهـا وجود ، وإذن فهى ليست بمـال . إذ المـال بالتمول ، ولا يمكن تمـولها[٢٣] .

(جـ) قبول الوصية : فإنه إذا مات الموصى لـه قبل أن يعرف لـه قبول أو رد للوصيه . لزمت الوصية وصحت واعتبر عـدم الرد قبولا ، ولا ينتقل حق الرد والقبول إلى الورثة ، أو بالأحرى لا ينتقل حق الرد إلى الورثة ، لأنه إرادة شخصية ، وأساس ذلك أن الوصية تنشـأ بالإيجاب المنفرد ، ولكن للموصى له حق الرد بعـد وفاة الموصى دفعا لمنـة العطاء عليه إن وجـد فى نفسه مسوغا للدفـع ، فإن لم يرد يسقط ذلك الحق بوفاته ، لأنه إرادة شخصية لا تورث ، ومثله فى ذلك مثل حـق الفسخ بخيار الشرط أو الرؤيه ، فإنه إرادة مجردة لا تورث ، فإن مات صاحبه صار العقد باتا لا يقبل الفسخ المنفرد من جانب الورثة والعمل الآن على خلاف المذهب الحنفى فى هـذه الجزئية ، لأن حـق القبول والرد فى الوصيه ينتقل إلى الورثة ، لمـا هـو مقرر فى قانون الوصية .

(د) حـق الاحتجار فى الأرض الموات ، وذلك لأن الأرض الموات إذا سورها مريد الإحياء ، وأعلن الاستيلاء عليها ـ يكون لـه الحق فى إحيائها ، وليس لأحـد أن ينازعه فى ذلك الحق لمدة ثلاث سنوات ، فإن لم يحيها فى هذه المـدة سقط حقـه فى الاحتجار ، لأن المحتجر إذا مضت عليـه ثلاث سنين لم يحيها فيها قـد ضيق على الناس فى حق مشترك لهم ، ولم يصلح الأرض فلا انتفع ولا ترك الناس ينتفعون ، ولقوله عليه السلام « ليس لمحتجر حـق بعـد ثلاث سنين[٢٤] .

---

(٢٣) راجع كتابنا (الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية) ص ٤٩ ، ٥٠ ففيها بيان كامل لمـالية المنافع ، والاختلاف فيها سلبا وإيجابا .

(٢٤) راجع الملكية ونظرية العقد فى باب إحياء الموات .

فإذا مات المحتجر فى أثنـاء هـذه السنين الثلاث أيورث عنه ذلك الحـق أم لا يورث ؟ قال الحنفية لا يورث لأنه ليس مالا ، ولا متعلقا بمـال للمورث ، إنما هـو حق الأولوية فى الإحياء بسبب السبق فى التسوير ، وذلك ليس حقا ماليا ، ولم يتعلق بمـال مملوك للمورث ، إنما تعلق بمـال مشترك ثابتة فيه الشركة الطبيعية بين الناس أجمعين .

فهـذه الحقوق الأربعة لا تعـد تركة ولا تورث ، وحجـة الحنفية فى منع اعتبار هـذه الحقوق فى ضمن التركة هـو قوله عليه الصلاة والسلام : « من ترك مالا فلورثته » وقـد روى هـذا الحـديث برواية أخرى ، وهى : « من ترك مالا أو حقا فلورثته » ولكنهم انكروا ما فى هـذه الرواية من زيادة كلمة « حقـا » وقصروا التركة على الأموال القائمة ، وأدخلوا من الحقوق ما يعـد خادما لهـذه الأموال من حيث إنه يكون تابعا لها ؛ والتابع يسير فى الملكية مـع المتبوع ، وينتقل بالخلافة كما ينتقل المتبوع ، وتتعلق به الحقوق ، كما تتعلق بالمتبوع ؛ أما الحقوق المجردة التى لا تعتبر خادمة للأموال المملوكة للمورث ، فإنها لا تعتبر تركة ولا تورث ، لأن وراثتها لا تثبت إلا استقلالا ، وإن الملكية بالخلافة لا تثبت إلا بنص من الشارع ، والشارع لم ينص إلا على الأموال ، فلا يلحق بها استقلالا ما لايعـد مالا .

٣٢ — هـذا مذهب الحنفية وتحريره ودليله . ولننتقل بعـد ذلك إلى المذهب الذى يقابله . وهـو مذهب الجمهور ، وهـو فى جملته يوسع أكثر من المذهب الحنفى وإن اختلف الأئمة فى مقـدار التوسعة ، فهو يقرر أن كل الحقوق التى كانت ثابتة ولها صلة بماله . ولم تكن حقا مقصورا على شخصه ، ويلاحظ فى كسبه ناحية شخصية فيه ، فإنه يورث ، فتورث الحقوق التى تعتبر خادمة لأمواله ، والحقوق التى تعـد مملوكة له ، فحق الشفعة يورث . والخيارات التى تتعلق بعقود الأموال كلها تورث . والمنافع تورث . والاحتجار يورث كما نص على ذلك فى كتب الحنابلة ؛ وعلى هـذا فكل حق له صلة بالمـال سواء أكان خادما لـه كالارتفاق ، أم لم يكن خادما ولكن يمكن انتقـاله بالخلافة كخيار الشرط فإنه يورث ، وذلك لأن الورثة قـد خلفوا المـالك فى كل أمواله . فكل ما يكون مملوكا للشخص من أموال ومنافع وحقوق تتصل بإرادة هـذه الأموال فإنه يكون له من غير استثناء ، إلا ما يكون ملاحظا فيه الناحية الشخصية كالولاية فإنها لا تورث ، لأن شخص المورث هـو الأساس لهـا ، والشرع لاحظ فيها أنها واجب لا حـق .

وأيضا فإن السبب الذى أوجب انتقال الأموال إلى الورثة هو السبب الذى يوجب انتقال الحقوق التى لا صلة لها بالأموال ، ثم إن المنافع هى فى الحقيقة أموال ، لأنها أساس التقويم فى الأموال ، إذ الأعيان تقوم بما فيها من منفعة ، فمن استأجر أرضا ملك منافعها ، وهى أموال ، فتنتقل إلى ورثته ، والحديث « من ترك مالا أو حقا فلورثته » صريح فى إثبات وراثة الحقوق جملة ، وكلمة « حقا » روايتها صحيحة فى نظرهم .

٣٣ — هذا هو الخلاف فى معنى التركة ودليله ، وأساس الخلاف فى نظرى يقوم على أمرين :

أولهما : فى تفسير كلمة أموال ، فالحنفية لا يعتبرون المنافع مقومة فى ذاتها ، وجمهور الفقهاء يعتبرونها أموالا لها قيمة ذاتية ، فكانت المنافع لا تورث ، على رأى الحنفية ، وتورث على رأى الجمهور .

ثانيهما : أن الفقهاء اتفقوا على أن الحقوق الشخصية لا تورث ، فالوظيفة لا تورث والولاية كذلك باتفاق ، ولكنهم اختلفوا فى تفسير الحقوق الشخصية فأدخل الحنفية فى الحقوق الشخصية خيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وحق الشفعة ولو بعد المطالبة بها ، وحق الاحتجار ، ولذلك قرروا أنها لا تورث ، والجمهور لم يدخلوا هذه الحقوق فى معنى الحقوق الشخصية ، بل اعتبروها حقوقا مالية تخدم المال ، أو تتبعه ، ولو ببعض التوسع .

٣٤ — وبعد هذا البيان نذكر ما تتجه إليه القوانين المصرية ، فإلى أى الناحيتين تتجه ، أتتجه إلى ناحية المذهب الحنفى ، أم إلى رأى الجمهور ؟ ... لم نجد فى قانون الميراث شيئا من ذلك ، وخلوه منه معقول ، لأن قانون الميراث لا يبين حقائق الأموال ، وما يعتبر مالا وما لا يعتبر ، وهو فوق ذلك ليس فيه كل أسس الملكية ، ولكنه لبيان انتقال الأموال بالخلافة ، وأسباب ذلك الانتقال وقوة هذه الأسباب ، وترجيح بعضها على بعض ، وتوزيع التركة لا لبيان الأموال التى تورث .

وقانون الوصية أيضا لم يبين معنى التركة ، لأنه يبين أحد نوعى الملكية بالخلافة فهو فى هذه الناحية كقانون الميراث ، ولم يتعرض إلا لاشتراط أن يكون الموصى به مما يجرى فيه الإرث ، أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى ، وإن كان فيه زيادة فهو أنه لا يقيد الموصى به بأن يكون تركة يجرى فيها

الإرث ، بل أجاز الوصية فى كل ما يجرى فيه التعاقد فى حال الحياة ، وجازت الوصية التى لا تعد وصية بجزء من التركة : كالوصية بتقسيمها ؛ وإذا كان قانون الميراث والوصية كلاهما لم يتعرض لبيان التركة ، فليس لنا إلا أن نتجه إلى قانون الملكية ، وهو القانون المدنى .

٣٥ ـ وهذا القانون يتجه فى عمومه إلى اعتبار كل حق يجرى بين الناس فيه التعامل ، ويخضع لحكم القانون ويحميه هو حق مالى ؛ أو مال ؛ فالمال فى عرف القانون المدنى الجديد هو الحق ، ذو القيمة المالية ، سواء أكان حقا عينيا أم كان حقا شخصيا ؛ أم كان حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية . ويفرق هذا القانون بينه وبين الشىء . بأن الشىء هو محل الحقوق(٢٥) فالمال على هذا النظر هو الحقوق المتعلقة بالأشياء . والأشياء محل الحق ، وعلى هذا فهو يتجه إلى رأى الجمهور ؛ ولذلك استقرت غيه الأحكام على وراثة حق الشفعة ؛ ووراثة الإجارة . إلا فى صور استثنائية ؛ ووراثة حق إصلاح الأراضى البور لمن أذن له بإصلاحها ، وامتلاكها بعد إحيائها ولقد كان حق الشفعة موضع خلاف بين المحاكم إلى سنة ١٩٣٩ ، ثم جاءت محكمة النقض فى سنة ١٩٣٩ وقررت أن حق الشفعة يورث ، وجاء فى أسباب حكمها ما نصه :

« ومن حيث إن كون الشىء مالا فينتقل من الشخص إلى ورثته . أو ليس مالا . فلا ينتقل .. هو بحث فى مسألة من صميم المعاملات ، وإذا كانت المادة ٥٤ من القانون المدنى (أى القديم) قد أحالت تعرف أحكام المواريث إلى قانون الأحوال الشخصية ، فإن المراد بهده الإحالة أن تطبق أحكام القانون المحال إليه على مسائل الإرث ككون الإنسان وارثا أو غير وارث ، وككونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره ، إلى غير ذلك مما يقوم عليه حق الإرث فى ذاته . أما الأشياء التى تكون موضوع هذا الحق ، فالحكم فى ثبوت ماليتها أو نفيها لا يكون إلا تبعا للقانون الوضعى الذى هو وحده المرجع فى كل ما يدخل فى دائرة المعاملات والأموال » .

« ومن حيث إن المال فى اصطلاح القانون هو كل متقوم نافع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره ، وكما يكون المال شيئا ماديا ، كالأعيان

---

(٢٥) راجع شرح القانون المدنى الجديد للأستاذ الجليل الدكتور كامل مرسى جـ ٣ ص ١٣ .

التى تقع تحت الحواس ، كذلك يكون شيئا معنويا كالحقوق التى لا تدرك إلا بالتصور . والاستشفاع حق من هذه الحقوق ، توافرت فيه عناصر المالية : النفع والتقوم وقابلية الاستئثار . فوجب اعتباره مالا »[٢٦] .

وترى من هذا أن القانون المدنى القديم والقانون المدنى الجديد يتجهان إلى اعتبار كل الحقوق التى يمكن أن يستأثر بها الشخص وتجرى فيها ملكيته مالا . بل إن القانون الجديد يقصر المالية على الحقوق ، ويعتبر الأشياء محلها . وعلى ذلك فالتركة هى الأشياء المادية والحقوق التى كانت للمورث ، وجرت عليها ملكيته . وهذا معقول فى ذاته . وهو لب ما ارتآه جمهور الفقهاء ، وخالفوا فيه الحنفية ؛ بيد أنه يلاحظ أن الوصية بالمنافع تكون مقصورة على حياة الموصى له إن أطلقت عن الزمان ، لأن ذلك منصوص عليه فى قانون الوصية . وهو القانون المعمول به ، وقد اشتق هذا من مذهب أبى حنيفة .

التجهيز والتكفين

٣٦ ــ قررنا أنه لا حق للورثة والموصى إلا بعد أن يستغنى الميت عن ماله ؛ وان حاجته إلى ماله تكون بتجهيزه وتكفينه وتقبيره بما يليق بمثله من غير تبذير أو تقتير . وبتسديد ديونه ؛ وعلى هذا يكون التجهيز والتكفين مقدما على حقوق الورثة بلا ريب ؛ وأما تقديمه على الديون ، فإنه مقدم على الديون التى لم تكن متعلقة بالتركة قبل الوفاة ، لأن التجهيز بعد الوفاة ، كالحاجة الشخصية من ملبس ومأكل فى الحياة ، وهذه مقدمة على الديون التى ليست متعلقة بالتركة فى الحياة ، ولذلك أجمع الفقهاء على تقديم التجهيز والتكفين على الديون التى لم تكن متعلقة بالتركة فى الحياة ، ولم يخالف فى ذلك سوى الظاهرية . وليس لكلامهم أساس ؛ وهو يتخالف مع الحقوق الإنسانية واللياقة فلا يلتفت إليه .

وموضع الخلاف بين الفقهاء هو تقديم التجهيز والتكفين على الديون المتعلقة بأعيان من التركة قبل الوفاة ، كالأعيان المرهونة ، فالحنابلة ورواية فى المذهب الحنفى تقدم التجهيز والتكفين على الديون المتعلقة ببعض التركة ، وجمهور الفقهاء والرواية المشهورة من المذهب الحنفى أن التجهيز والتكفين

---

(٢٦) راجع القانون المدنى للأستاذ الدكتور كامل مرسى جـ ٣ ص ٥١٣ .

يؤخر عن الديون المتعلقة بأعيان التركة قبل الوفاة ، فإذا كانت التركة كلها مرهونة فى دين ، فإنه لا يجهز إلا بعد سداده ، أو فيما يفضل من سداده ، ويكون تجهيزه على من كانت تجب عليه نفقته فى حياته إذا لم يكن فى التركة فاضل يكفى للتجهيز أو التكفين . ووجهتهم فى ذلك أن الأعيان التى تتعلق بها حقوق الدائنين فى حياته لا يملك التصرف فيها ، ولو لحاجته الخاصة ، فلا يبيع العين المرهونة ليأكل من ثمنها ، ولا ليشترى بها ملبسا له ، ولا ليؤجر لنفسه مسكنا لسكنه ، وإذا كان لا يملك ذلك فى حياته ، فأولى ألا يكون له الحق فيه بعد وفاته . لأن الموت من شأنه أن يقوى تعلق الحقوق بالأعيان ، لا أن يضعفها إذ الذمة تضعف عن احتمالها ، فتقوى الأعيان ضعفها ، وإن الموت يجعل الديون تتعلق بالأعيان ، إن لم تكن متعلقة بها من قبل ، فبالأولى لا يضعف المتعلقة بها من قبله ، ونرى أن هذا الرأى يساير القياس الفقهى .

أما وجهة الحنابلة والرواية الأخرى فى المذهب الحنفى ، وهى غير المشهورة فهى أن حاجات الشخص مقدمة على سائر الديون ، ألا ترى أنه عند الإفلاس وتعلق الديون بالأموال تبقى له ملابسه ، ومسكنه ، وليس التجهيز والتكفين إلا من هذا القبيل ، وأنه ليس من المعقول أن يكون للشخص أموال ، ولو كانت الديون متعلقة بها ، ويستجدى له كفن ، وهو ليس إلا كملابسه وأن هذا الرأى أشبه باستحسان .

ويلاحظ أن الحنابلة الذين يقررون ذلك الرأى ، إنما يقصرون التجهيز الذى يؤخذ من التركة ولو كانت كلها قد تعلقت بها حقوق الدائنين قبل وفاته ، على تجهيزه وتكفينه فقط ، فلو كانت له زوجة قد ماتت قبله بقليل ، ومات هو قبل أن تجهز وتكفن ، فإن تجهيزها وتكفينها يكون من مالها ، أو من مال أوليائها ، فلا يقدم على الديون المتعلقة بالتركة إلا تجهيزه وتكفينه هو .

٣٧ — ولقد أخذ القانون بالمذهب الحنبلى فى هذا المقام ، ولكنه زاد عليه فلم يقدم على الديون كلها — ولو كانت متعلقة بالتركة قبل الوفاة — تجهيز الميت وتكفينه فقط ، بل قدم تجهيزه وتكفينه ، وتجهيز من يجب عليه تجهيزه ، فلو كان له ابن مات قبله ولم يجهز ولم يكفن ، جهز وكفن من التركة ولو كانت كلها قد تعلقت بها الديون قبل الوفاة . فالقانون قد زاد على المذهب الحنبلى ولم يقتصر عليه[٢٧] .

---

(٢٧) هذا بعض ما اشتملت عليه المادة الرابعة من قانون الميراث ، ففيها « يؤدى من التركة (أولا) ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن (ثانيا) ديون الميت . . » .

وممن يجب تجهيزه وتكفينه من التركة ، كيفما كانت ديونها — زوجته إذا ماتت قبله ، ولم تكن قد جهزت وكفنت • ونص القانون يشملها إذ أوجب تجهيز وتكفين من كانت تجب عليه نفقته ، والزوجة كانت تجب نفقتها على زوجها موسرة كانت أو معسرة ، وهذا أحد رأيين فى المذهب الحنفى ، وهو رأى الشيخين أبى يوسف وأبى حنيفة • والثانى رأى محمد • وحجته أن الزوجية قد انقطعت بالوفاة ، وإذا انقطعت الزوجية ، لم تعد ثمة علاقة موجبة للانفاق الذى يترتب عليه وجوب الكفن ، ولأن النفقة فى الزوجية ليست صلة ، بل هى جزاء الاحتباس •

وحجة الشيخين أن الزوجية التى هى سبب الحقوق الزوجية ما زالت ثابتة بالنسبة لآثارها ، ولذلك ثبت الميراث ، ولو كانت الزوجية قد انقطعت بالوفاة ما ثبت الميراث ، وإذا كانت الزوجية قائمة فحقوقها من جانب الزوج تكون قائمة • وإذا كانت النفقة واجبة عليه فى حياتها فالتجهيز ، وهو نفقة ، واجب عليه بعد وفاتها ، وليست النفقات جزاء خالصا للاحتباس ، ولكن لها شبه بالصلات ، ولشبهها بالصلات كانت واجبة بعد الوفاة على صورة تناسبها ، وهو التجهيز •

٣٨ — والتجهيز المطلوب هو ما يلزم للميت من وقت الوفاة إلى أن يدفن فى قبره بما يليق بمثله ، ويدخل فى ذلك الكفن ، ونفقات الجنازة ، من أجور نقل ونحو ذلك ، والأمر فى ذلك إلى العرف ما لم يكن مستنكرا شرعا ، أو فيه إسراف ، وعلى ذلك يدخل فى التجهيز نفقات السرادق الذى يتجمع فيه المشيعون للجنازة ، ويستقبل فيه المعزون ، ونحو ذلك •

ويلاحظ فى الكفن(٢٨) حال الشخص من يسار وإعسار ، وما كان يلبسه فى حياته ، فيختار من نوع أحسن ما كان يلبس على قول بعض المشايخ ، وقال الفقيه أبو جعفر ، يختار من أوسط ما كان يلبس ، وهو الذى يكثر من لبسه •

ويلاحظ فى التجهيز بشكل عام حال التركة ، وحال من تركهم من ذرية

---

(٢٨) يلاحظ ان الكفن يختار فيه المتوسط من حيث العدد والقيمة ، وكون السنة الا يزيد على ثلاثة أثواب للرجل وخمسة للمراة ، ومن حيث القيمة يكون من أغلى ما كان يلبس على قول بعض الفقهاء ،ومن المتوسط الذى يلبسه فى عامة احواله على رأى غيره ، وقال الفقيه أبو جعفر إن كانت التركة مستغرقة يكتفى بكفن الكفاية ، وهو ما يستره ،وكلام الخصاف يوافقه ، ولكن العرف غير ذلك ، وهو معتبر .

ضعاف ؛ وعددهم ، فيلاحظ القصد ما أمكن القصد من غير أن يكون ما يستنكره الشرع ؛ وكل ما ينفق زيادة عما يوجبه العرف لا يلزم به الدائنون ، ولا يلزم القصر من الورثة ؛ بل يكون من أنفقه ضامنا له ؛ وكل من يوافقه من الورثة الراشدين فهو شريكه فى الضمان والتبعية ، وبعد التجهيز والتكفين يكون سداد الديون • ولنفصل القول فى طريق تسديدها ؛ وقسمة التركة قبل التسديد ، ومن يسددها فى الشرع وفى القانون •

تسديد الديون

٣٩ — قلنا أن الديون فى المذهب الحنفى ليست مرتبة واحدة • بل هى مراتب أولها الديون التى تعلقت بأعيان التركة قبل الوفاة ، كالأعيان المرهونة والمبيع المحبوس إلى قبض الثمن • فإن دين الثمن يتعلق به • ثم تلى هذه ديون الصحة • ثم تليها ديون المرض • وقد بينا ذلك فى موضعه فى مراتب الديون • وعند سداد الديون المستغرقة للتركة يبدأ بذلك فتسدد المتعلقة بالأعيان ، وما فضل يكون لغيرها من ديون الصحة ؛ ثم ما فضل يكون لأصحاب ديون المرض • ولكن من المنفذ الذى يتولى تسديد الديون ؟ إن الديون إما أن تكون مستغرقة للتركة ، وإما ألا تكون مستغرقة لها • فإن كانت الديون مستغرقة للتركة ، فإن الذى يتولى القيام بتسديد الديون هو الوصى الذى اختاره الميت وصيا على تركته لأنه نائب عنه ، وذمة الميت ما زالت قائمة ، وأملاكه على ذمته لم ينتقل إلى الورثة منها شىء ؛ لما قررنا من أن التركة المستغرقة بالدين لا تنتقل ملكيتها إلى الورثة على ما نص عليه فى المذهب الحنفى • وإذا لم يكن الميت قد اختار وصيا يشرف على أمواله فيسدد ديونه وينفذ وصاياه ؛ فإن القاضى يعين من يبيع التركة ويسدد الدين ، ويتولى المعاملة مع الدائنين ، فهو يتولى أمر التركة ويبيع ما يسارع إليه التلف ، ثم يبيع سائر المنقولات ، ثم العقار ، ويتقاضى الديون التى تكون للميت قبل الناس ، وكون الورثة لا ملكية لهم إذا كانت التركة مستغرقة بالديون ، ليس معناه أنه انقطعت صلتهم بها انقطاعا تاما • بل ما زالت لهم صفة الخلافة الناقصة عن المورث ؛ ولذلك يجوز لهم استخلاصها بسداد ما عليها من ديون ، ويجبر الدائنون على قبول ديونهم ؛ وليس للوصى المختار ولا لوصى القاضى أن يعترضا على ذلك • وللقاضى أن يجبر بعض الورثة على بيع التركة وسداد ديونها ، وليس له أن يجبر أحدا غيرهم ذلك الإجبار ، فإن لم يكن للميت وصى مختار كان للقاضى أن يقيم من الورثة من

يصفى التركة ، وله أن يجبره كما ذكرنا ، وهـذا مظهر من مظاهر الصلة بين الورثة والتركة المستغرقة .

٤ – هـذه طريقة تسديد ديون التركة المستغرقة بالديون ، أو المعسرة كما عبر القانون المدنى ، أما تسديد الديون فى التركة غير المستغرقة بالدين ، فإن الميت إن كان قد ترك وصيا مختارا له فإنه هو الذى يتولى تسديد الديون ، فإن كان فى التركة مال من جنسها بأن كان فيها نقود سدد منها وإن لم يكن فيها نقود باع من التركة ما يكفى لسداد الديون ، سواء أكان الورثة راشدين أم لم يكونوا كذلك ، لكن هل له أن يبيع العقار وفى المنقول ما يكفى لسداد الدين ؟ وهل له أن يبيع التركة كلها وفى بعضها كفايه ؟

يقول الصاحبان وقولهما الراجح المفتى به : إنه لا يبيع عقارا ما دام فى المنقول ما يكفى لسداد الدين ، ويبدأ من المنقول بما يخشى عليه الفساد ، ثم يثنى بسائر المنقولات ، وكذلك لا يبيع التركة كلها وفى بعضها غناء ، فإن كان فى المنقول وبعض العقار ما يكفى لا يبيع الباقى ، وذلك لأن البيع لسداد الدين ، فيكتفى من البيع بقدره ، لأن بيع الزائد فيه تصرف فى حق الغير ، وهم الورثة فلا يثبت عليهم إلا بمقدار الضرورة المسوغة لذلك ، ثم هو تصرف فى ملك الورثة من غير ضرورة ملجئة .

وقال أبو حنيفة إنه إذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق جاز للوصى المختار بيعها كلها ، ويسدد الدين من ثمنها ، وحجته فى ذلك أن التركة إذا كانت مدينة فللوصى المختار ولاية البيع ، والولاية إذا ثبتت فى شىء لا تقبل التجزئة ، ولأن الدين متعلق بكل جزء من أجزاء التركة[٢٩] كالدين الموثوق برهن يتعلق بكل جزء من أجزاء العين المرهونة ، فتباع كلها فى سبيل السداد ، وما يبقى بعد الدين يكون للورثة ، ولأن منع بيع الكل قد يؤدى إلى شركة المشترى على الشيوع فى الملكية الباقية ، وذلك ضرر بلا ريب ، فكان من النظر أن يسوغ للوصى بيع العين كلها حتى لا يضطر إلى البيع على الشيوع ، والفتوى كما علمت على قول الصاحبين ، وقد أخذ بذلك القانون المدنى[٣٠] وهو مقبول شرعا وعقلا .

---

(٢٩) راجع فتح المعين الجزء ٣/٥٥١ .
(٣٠) اقرأ فى ذلك المادة ٨٩٣ .

هـذا هو الحكم فى تسديد الديون إن كانت التركة غير مستغرقة بهـا وترك وصيا مختارا ، وإن لم يترك وصيا مختارا : فهل يقيم القاضى من يبيع بعض التركة لتسدد الديون ؟ لقـد قرر الفقهـاء أن الورثه إن كانوا صـغارا أو لم يكونوا راشدين أقـام القاضى من يبيع بعض التركه لتسديد ديونهـا ، ويصح أن يكون الوصى الذى يعينه هـو من له الولاية على الصغار بأن يفـوض إليـه ذلك الأمر أيضا ، لأن القاضى نصب ناظرا لحقوق الناس . فكان عليـه أن يتولى معاونة الغرماء فى تسديد ديونهم ؛ وإقامة من يبيع من التركة . ويسدد الثمن • وإن كان الورثة كبارا نقل صاحب الدر عن الجوهرة انهم هم الذين يتولون تسديد الديون ؛ وبيـع بعض التركة لتسديدها . لأنهم هم الذين خلفـوا الميت فى ماله فكان عليهم تخليصها(٣١) ولا شـك أن الورثة إن ماطلوا الغرماء ولم يسددوا ديونهم استعانوا بالقضـاء لحملهم على بيع التركه لسد د الديون ، أى أن العلاقة تكون بين الورثة والغرماء مباشرة ، وإن كانت حقوق الدائنين متعلقة بالتركة ، إلا أنهم إذا اضطروا للاستعانة بالقضاء . فإنه ينفـدم معاونا لهم . كما يعين كل غريم فى استيفاء دينه . وقـد يعين القضاء من الورثه ممن يقوم بالبيع والتسديد •

٤١ ــ هـذا هـو الحكم إذا كانت التركة مدينة : سواء اكانت موسرة أم كانت معسرة ، فإن كانت غير مدينة ولا وصية فيها : فالورثة هم أصـحاب الشأن الكامل فيهـا ، ولـو كان هناك وصى مختار ما تجاوزت حـدوده من يكون له الولاية عليه من القاصرين من الورثة ، بيد ان له بما له من خلافة عن الميت فى الولاية أن يتقاضى ديونها ، ويسلمها لمستحقها من الورثة ، وأن له أن يبيع منقولات الورثة لحفظها إذا كان الورثة الكبـار غائبين عنهـا ، خشية ضياعها ، أوفسادها ، وإذا كان للميت وصيه فالوصى له سـلطان تنفيذها لأنه خليفة الميت فى ذلك ، ويلاحظ أن التركة إن كانت غير مدينة فليس للقـاضى أن ينصب عليها وصيا بأى وضع كان ، وإن اختلف الورثة فيما بينهم فالتقـاضى بينهم شأنه كشأن كثير من الخلطاء الذين يبغى بعضهم على بعض ، لا يتدخـل القضاء إلا إذا دعى للفصل بينهم •

قسمة التركة

٤٢ ــ هـذه أحكام تسديد الديون . ولننتقل إلى قسمة التركة ، إنه إذا لم تكن التركة مدينة فإن قسمتها جائزة لا خلاف فى ذلك ، وإن كانت فيها

---

(٣١) راجع فتح المعين جـ ٢ ص ٤٥٦ .

وصية فإن الاقتسام يكون بين الورثة والموصى له من غير ضير ولا ظلم فيما بينهم ، وإن بغى بعضهم على بعض استعان بالقضاء لمنصفة .

ولو كان الميت قد ترك وصيا مختارا له أن يفرز للموصى له نصيبه إن كان الورثة غائبين ، وليس له أن يفرز لواحد من الورثة إن كانوا راشدين ، فهو يقاسم الموصى له ، ولا يقاسم الورثة ، أى أنه يقاسم الموصى له عن الورثة الغائبين ولا يقاسم الورثة عن الموصى له ؛ لأن نيابته عن الورثة استمدها من نيابته بالخلافة عن الميت فى تنفيذ وصيته ، وليس له صفة النيابة عن الموصى له(٣٢) ثم له أن يفرز الوصية عن الميراث ، وليس له أن يفرز نصيب واحد من الورثة إلا إذا كان غائبا .

٤٣ — وإذا كانت التركة مدينة بدين مستغرق لها ، فإن التركة لا تقسم على مذهب الحنفية ، وأجاز الشافعية قسمتها على أن تكون كل حصة متحملة ما يخصها من دين ، وأساس ذلك الخلاف ما بيناه من أن الحنفية يرون أن الملكية لا تثبت للورثة عند الاستغراق ، وان الضمان فيها لا يقبل التجزئة ، وأن الشافعية يرون أن استغراق التركة بالديون لا يمنع ملكية الورثة لها مع تعلق حق الدائنين بها ، وأن ضمان التركة للدين يقبل التجزئة(٣٣) فتبع كل حصة من الدين ما يناسبها من التركة فمن استحق نصفها وأفرزه تعلق بنصيبه نصف الديون ، وهكذا ، وإن مذهب أبى حنيفة أحوط للدائنين وأجدى ، إذ ما فائدة قسمة أعيان قد أحاطت بها الديون ، واثقلتها مطالبة الغرماء .

٤٤ — وإذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق ، أو كانت موسرة كما عبر القانون ، فإن الفقه الحنفى مع الشافعى اتفقا على جواز القسمة ، بيد أنهما يختلفان فى شكل القسمة ، فالحنفية يجيزون القسمة على أن يخصص للديون جزء من التركة يوفى منه ، ويسعها مع الاحتياط لها ، ويقسم الباقى على الورثة ، والموصى له بمقدار الوصايا ، وأنصبة الميراث .

والشافعية يقسمون التركة بين الورثة على أن تتحمل كل حصة منها حصتها من الدين ، وذلك سير على مذهبهم فى تجزئة الضمان .

---

(٣٢) راجع شرح التبيين الجزء السادس ص ٢١٠ .

(٣٣) وهذا إذا لم تكن الديون متعلقة بالتركة قبل الموت .

ويلاحظ أنه إذا كان الدين قد تعلق بعين من التركة قبل الوفاة ، فإنها لا تقسم بالاتفاق ، لأن ضمان الدين لا يتجزأ فيها . كما هو مذهب الشافعى .

ولا شك أن الشافعية يسيرون على منطق واحد . لأنهم قرروا من أول الأمر جواز تجزئة الضمان ، أما الحنفية فهم الذين سلكوا سبيل الاستحسان ، وخففوا به قاعدة عدم تجزئة الضمان بهذه الطريقة السهلة . وهى أن يخصصوا من التركة بعضها لسداد ديونها . ويقسم الباقى على أن تكون القسمه قابلة للنقض إن هلك الجزء المخصص للدين ، أو لم يوف به ، أو ظهرت ديون أخرى ، ولنترك الكلمة لصاحب التبيين فهو يقول : « ولو كان على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة ، لأن الورثة لا يملكون التركة فى هذه الحاله لان الدين المستغرق يمنع من دخول التركة فى ملك الوارث . لأن حاجته مقدمه على الإرث ... ولو ضمن رجل بشرط ألا يرجع فى التركه جاز الصلح ، لأن هذه كفالة بشرط براءة الأصيل وهو الميت ، فتصير حوالة ، فيخلو مال الميت عن الديون فيجوز تصرفهم فيه ... وإن لم يكن مستغرقا بالدين لا ينبغى لهم أن يقسموه أو يصالحوا عنه ، وإن فعلوا ذلك جاز استحسانا . والقياس ألا يجوز لأن كل جزء من أجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الأولوية بالصرف إلى جزء دون جزء ، فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله فى ملك الورثة ، ووجه الاستحسان أن الإنسان لا يخلو عن دين قليل ، فلو منع غير المستغرق تملك الوارث أدى إلى الحرج ، أو إلى ألا يملكوا أصلا ، فقلنا أنهم يملكونه دفعا للضرر عنهم إلا أنهم يرفعون من التركة قدر الدين ويترك حتى يقضى به الدين كيلا يحتاجوا إلى نقض القسمة والله أعلم » .

وترى من هذا النص الواضح أن التركة إذا كانت غير مستغرقة بالدين ، فالقياس ألا تقسم ، لعدم تجزئة الضمان ، والاستحسان جواز قسمتها ، لكيلا يضار الورثة بدين قليل على تركة موسرة ، وفى هذا بلا شك تيسير ، وجمع بين تجزئة الضمان ، والتسهيل على المالكين .

ولقد جاء فى فتح المعين عن الكرخى أنه يرى أن القياس هو جواز القسمة وتخصيص جزء الدين ، وأن الاستحسان عدم الجواز ، ولكن هذا غريب(٣٤) إذ ما نقل صاحب التبيين هو الأوضح .

---

(٣٤) فتح المعين ج ٣ ص ١٨٨ .

وإذا كانت القسمة جائزة استحساناً فإنها تنقض إذاً لم يوف الجزء المخصص للديون بها ، كما تنقض إذا هلك ، ولكن هل يؤخذ كفيل ليسهل الرجوع على الورثة عند إهلاك أو نقص الوفاء ؟ قال أبو حنيفة : لا يؤخذ عليهم كفيل • وقال الصاحبان : يؤخذ ، ولقد جاء ذلك الخلاف فى حاشية التبيين • ففيها ما نصه :

« فى التركة دين ، وطلبوا من القاضى القسمة ، وهو يعلم وصاحب الدين غائب ، فإن كان الدين مستغرقا لا يقسم ، لأنه لا ملك لهم ، وإن كان غير مستغرق فالقياس كذلك • وهو قول أبى حنيفة • ولكنه استحسن وقال : قلما تخلو تركة عن دين يسير ، ولا يصح أن نقف عشرة آلاف بدين عشرة • فننظر للفريقين ، ويوقف قدر الدين ، ولا يؤخذ كفيل بشىء من ذلك عنده ، أما عندهما فيأخذ كفيلا(٣٥) » •

هذا صنيع الفقهاء فى تيسير قاعدة عدم تجزئة الضمان ، وهو تفكير سهل نير لا مضارة فيه لأحد •

ما أتى به القانون المدنى فى سداد الديون والقسمة

٤٥ ــ هذا ما جاءت به الشريعة ، فوضعت للوصى المختار أو من يقيمه القاضى أمر التركة المستغرقة بالدين يسويها مع الدائنين ، وأما التركة غير المستغرقة ففوضت للوصى المختار أيضا العمل على سداد الديون وتنفيذ الوصايا ، وإن لم يكن وصى فالأمر بين الورثة وهم الملاك ، وبين الدائنين وهم الذين تعلقت ديونهم بالأملاك كالشأن بين دائن ومدين ، أو من تعلق الدين بما له ، وإن لم تكن ديون فالورثة فيما بينهم خلطاء ، الشأن بينهم كالشأن بين الخلطاء ، وكذلك كان العمل على مقتضى القانون القديم ، فلما جاء القانون الجديد جاء وقد استعار معه نظام تصفيات التركات من القانون الفرنسى وإن كانت أسس التوريث مختلفة ، لأن الملكية فى قانون التوريث الإسلامى تنتقل فور الوفاة على التفصيل الذى ذكرناه انتقالا جبريا لا اختيار فيه للمورث ولا للوارث • أما الملكية بالتوريث فى القانون الفرنسى ، فهى ملكية اختيارية لا يتكامل سبيلها إلا إذا وجد القبول من الوارث • وإن قبل الوراثة تحملها بمغارمها فكانت التصفية ضرورية للوارث وللدائن معا ، لكى

---

(٣٥) حاشية التبيين ج ٥ ص ٣٧٥ •

يعلم الوارث ما يملك وما يحمل . ولكى يضمن الدائن استيفاء حقوقه كاملة ، أما فى الشريعة فالميراث مغنم لا غرم فيه . فإلزام الوارث بنظام التصفية الفرنسى مضارة به ؛ وإن لم تكن متعينة لتمكن صاحب الحق من حقه . فهى ظلم لا مبرر له ، ولسنا نتعرض لما جاء فى القانون المدنى خاصا بالتصفية مفصلين أحكامها ولكننا نتعرض لرءوس الأحكام فيها .

٤٦ ـ وأول ما نجد أنه جعل تعيين مصف أمرا جوازيا للمحكمة إذا طلبه أحد الدائنين أو أحد الورثة . إذا لم يكن ثمة وصى مختار للمتوفى . وأنه إذا كان ذلك الوصى المختار ، فهو المصفى ولا يعين غيره إذا اعتزل . أو عزل ، وعند إرادة تعيين مصف يختار من يجمع الورثة على اختياره ؛ فإن لم يكن إجماع فالقاضى يعين من يراه على أن يكون من الورثة ما أمكن .

ولا شك أن تعيين مصف للتركة إذا كانت معسرة أو مستغرقة بالدين أمر لابد منه ولا ظلم فيه لأحد ، بل هو تمكين لصاحب الحق من حقه . وقد اتفقت الشريعة مع القانون فى ذلك ، أما إذا كانت التركة موسرة أو غير مدينة أصلا ؛ فإنا لا نجد مبررا لتعيين مصف إلا إذا كانت ثمة ضرورة ملجئة لذلك ، بأن كان لا يمكن للدائن أن يستوفى دينه إلا بتعيين هذا المصفى . او تأكد لدى القضاء ضياع حق بعض الورثة إن لم يكن ذلك التعيين .

إن تعيين مصف وخصوصا إذا كان أجنبيا ، وفى الغالب يكون كذلك إذا كانت الشكوى من بعض الورثة ، فيه كشف لأستار الأسرة . والأسرة مستورة بظل الله والقانون ، حتى يكون ظلم . وتكون المضرة فيه أشد من المضرة فى الكشف ، ولذلك لا نرى التوسعه فى تعيين المصفين ، ثم تعيين المصفى سيتبعه تكاليف مالية على التركة ؛ هى أجرة المصفى ، ومن يتبعه من الخبراء والمحاسبين ، ولعل بعض التركة يذهب ضياعا . هذا إذا كان المصفى أمينا قادرا أما إن كان غير قادر على ذلك فلا ترتقبن إلا التبديد ، ونحن فى عصر عزت فيه الأمانة ، وقل الأمناء . وفوق ما تقدم فإن نظام التصفية على ما جاء فى القانون المدنى يقطع الورثة وهم الملاك عن أملاكهم قطعا ، حتى أنهم ليعدون مبددين ، ويعاقبون عقوبة المبدد للأمانة ، إن استولوا على شيء من أعيان التركة غشا(٣٦) ، ثم إن التركة فى مدة التصفيه لا يحسن

---

(٣٦) اقرأ فى هذا المادة ٨٨٩ ، وهذا نصها : « يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شيء من مال التركة ، ولو كان وارثا » وهذا النص غريب =

استغلالها لأن المتولى أمرها ليس مالكها ، وحسبك شاهداً على ذلك الأوقاف وتصرفات نظارها ، وقد صار المصفى بحكم القانون مثلهم ، وكنا نشكو من الأوقاف بسبب سوء إدارة النظار وخيانتهم ، فشرع القانون تقسيم الأوقاف ليتولى كل مستحق حصته من الوقف ، ثم ألغى الوقف الأهلى ، ولكن يجيء القانون المدنى فيضع التصفية ، وهى بنظارة الأوقاف أشبه ، ويقطع الورثة عن أملاكهم أمداً قد يكون طويلا ، وسيمتد طوله كلما غلبت على المصفى الخيانة ، فتغلب على الورثة شقوتهم • ولهذا نرى على القضاء الوطنى العادل وقد جعل الأمر فى تعيين المصفى إليه أن يجعله فى دائرة الضرورة الشديدة جداً ، حيث يتعذر على الدائن أستيفاء دينه إلا بالمصفى ، ويتعذر على الوارث أخذ نصيبه إلا به ، وإن كل توسعة مهما يكن مقدارها تضر الأسرة والورثة ، وتعرض التركة للضياع ، وخصوصا أن ذلك النظام دخيل على القوانين الإسلامية المعمول بها فى المواريث ، وهى تجافيه إذا كانت التركة موسرة •

٤٦ — وإذا تركنا مبدأ تعيين المصفى ، وهو أمر جوازى فوض أمره إلى القاضى الوطنى الحفيظ على أستار الأسرة المصرية أن تكشف — فلنتجه إلى سلطان المصفى • إن القانون أعطى المصفى سلطة مطلقة فى حدود القانون المصرى فى التركة ولم يجعلها مقصورة على العمل على تسديد الديون وتنفيذ الوصايا ، كما كان صنيع الشريعة بالنسبة للموصى ، وبمقدار هذه السلطة قطع الوارث عن أملاكه قطعا تاما ، حتى لا يأخذ من غلاتها ، وقد تكون كبيرة جداً إلا مقدار نفقته التى يقدرها قاضى الأمور الوقتية ، بل ليس كل وارث يستطيع أخذ هذه النفقة ، إنما يأخذها فقط كل من يعول الميت فى حياته ، ولنقف وقفة قصيرة عند هذا الجزء ، فإن له صلة بما ندرس فى نفقات الأقارب فى الأحوال الشخصية ، لقد بينت هذه النفقة المادة — ٨٨٢ — فهذا نصها •

(أ) على المصفى أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ، ونفقات مأتمه بما يناسب حالته ، وعليه أيضا أن يستصدر أمرا من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة كاملة بالقدر المقبول

= فى تصفيه : على كل وارث وكل تركة ، لأن حظ الوارث قد يكون كبيرا فى تركة كبيرة موسرة ، ومن المؤكد أن ذلك المقدار الذى استولى عليه قليل ، إنما كان الأعدل والأمثل أن يحتسب من نصيبه ولكنه النظام الفرنسى •

من هــذا المــال إلى من كان المورث يعــولهم من ورثته ، حتى ننتهى النصفيه على أن تخصم النفقة التى يستولى عليها كل وارث من نصيبه فى الإرث •

(ب) وكل منازعة تتعلق بهــذه النفقة يفصل فيها قاضى الأمور الوقتية •

وترى فى هــذا أنه قصر حق إعطاء النفقة على من استوفى شرطين :

(أحــدهما) أن يكون الميت يعوله فى حياته . (وثانيهما) أن يكون من ورثتــــه •

وعلى ذلك إذا تخلف أحــد الشرطين لا تجب النفقــه من التركه • فإذا كان يعوله وليس بوارث له فــلا نفقة له • وذلك حــق لأن النفقه واجب شخصى ينتهى بوفاة الواجب عليه ، فنفقــه الأقارب واجب شخصى على القريب الموسر لقريبه المعسر العاجز ، فإذا مات انتهى ذلك الواجب ، فإذا كان لــه أخ يعوله • والأخ ليس بوارث لوجــود الابن . فمعقول الا نؤخــذ لــه نفقة • وكذلك إذا كانت لــه زوجــة مسيحية وهو مسلم ولم يوص لهــا لا تعطى نفقته • لانهــا لا ترث ، وإن كان يعــولها فى حياته • وإذا تخلف الشرط الأول بأن كان وارثا وهو لا يعــول ، كابن عم هو وارثه فإنه لا تجب له نفقه قرابة لأن شرط نفقة القرابه المحرمية ، وهــو ليس بمحرم . وقــد يكون وارثا إذا لم يكن عصــبة ســواه ، وقــد ينفرد بالإرث إذا لم يكن غيره ، وإن كان هــو فقيرا معــدما عاجزا عن الكسب • فإن القانون لا يوجب نفقه لــه . ولــو كان يملك غاصــل التركة كله • وقــد تبلغ الألوف . بل يستمر فى مسغبه إلى ن يقضى الله امرا كان مفعولا ، فتخلص التركة بسداد الدين . وقــد يكون الوارث الذى لا يعوله ابنــه ، وذلك لأن شرط نفقــة القرابة عجز الفقير عن الكسب ، وقــد يكون الابن غير عاجز عن الكسب ؛ ولكنه معسر ، فلا ياخــذ النفقــة ، مــع أنه فى عسر شــديد ، ومالك لجزء من التركة ، بل قــد يكون هــو المنفرد بالإرث فيهــا ، ومــع ذلك لا يأخــذ النفقة الضرورية منها ، ففى كل هــذه الصور وأشباهها لا يأخــذ الفقير الوارث نفقــة من ماله ، لأن القانون اشترط لمن تجب له نفقة من ماله أن يكون الميت يعــوله ، وبذلك يتأدى بنــا القانون إلى منطق غريب عن الفقــه الإسلامى . بل غريب عن العقل كل الغرابة ؛ مالك يملك أموالا بحكم الشرع والقانون ؛ ويعيش فى مسغبه وجوع إلى أن تصفى أمواله التى قــد يكون حــق الدائنين المتعلق بها ضئيلاً بالنسبه لمقــدارها •

وإن الذى أدى إلى ذلك هـو الاتباع لما عند الأوربيين ، ولو كان منطق التوريث عندهم يختلف عن منطق التوريث عندنا ، وإن الشريعة تقضى بانتقال الملكية فى الجزء الخالى من الدين إلى الورثة بمجرد الوفاة إذا كانت التركة غير مستغرقة بالدين ، وهـو انتقال إجبارى لا اختيار فيـه ، والشرائع الأخرى تجعله انتقالا اختياريا بقبول من الورثة ، فكانت هـذه المفارقة الغريبة ، وهى أن يكون لشخص ملك ولا يملك الإنفاق منه !!

٤٧ — لقـد قررنا أن تعيين المصفى جوازى فى القـانون ، وأنه إذا عين لا تقتصر سلطته على سبب التعيين ، بل تكون مطلقة تتنـاول كل شئ ، مـع أنه كان يجب أن يكون السلطان بمقـدار الباعث عليـه ، فإذا كان الباعث شكوى الدائنين من أنهم يتعـذر عليهم اسـتيفاء ديونهم يكون السلطان بقـدر ذلك ، بحيث إذا كان فى التركة نقـود كافيـة لسداد الديون انتهت مهمته عند ذلك ، لأن التعيين كان لغرض معين ، وهـو تمكين الدائن من الاسـتيفاء ، وقـد ناله بأيسر كلفـة ، ولا يسوغ لـه أن يبيع بعـد ذلك شـيئا من التركة ، ويتركها لأربابها ، يديرونها بينهم ، ويدبرون أمرها بالمودة الرابطـة ، ولكنا لم نجـد فى القـانون ما يحـد سـلطة المصفى على قـدر الباعث ، بل وجـدنا المذكرة التفسيرية تقضى بإطلاق سلطة المصفى وعـدم تقييده فقد جاء فيها :

« وإذا تقررت التصفية فإنهـا تكون تصفية جماعيـة ، ومعنى ذلك أن المصفى وحـده هو الذى يمثل التركة ، فلا يجوز للدائنين اتخاذ أى إجراء إلا فى مواجهته ، ولا يجـوز لأحـد منهم الحصول على حـق اختصاص على العقارات الموجودة فى التركة ، ولا يجوز للوارث أن يتصرف فى مال التركة قبل تصفيتها ، فترتفـع بذلك يد الدائنين والورثة عن التركة ، ويمتنع اتخاذ أى إجراءات فردية ، حتى تتم التصفية ، وبهـذا تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين ، كما هـو الأمر فى الإفلاس التجارى ، وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون ، فيتحقق المبدأ القاضى بأن لا تركة إلا بعـد سداد الديون على وجـه عملى ... وبعـد سـداد جميع التزامات التركة من ديون ووصايا وتكاليف أخرى يقـدم كل وارث إعلاما شرعيا إلى القاضى ، فيعطيه شهادة تقرر حقـه فى الإرث ، وتبين مقـدار نصيبه فيه ، وتحـدد ما آل إليه من أموال التركة » هـذا بعض ما جاء فى المذكرة التفسيرية ، وهـو صريح فى إطلاق يد المصفى ومنـع يد الورثة منعـا باتا .

٤٨ — وترى من الفقرة الأخيرة أن سلطانه لا يقتصر على سداد الديون ،

بل يتجاوزه إلى تنفيذ الوصـايا ؛ بل إلى القيام بكل التكاليف التى تكون على التركة كضرائب التركات ، ولنا على هـذا بضع ملاحظات :

أولاها : أنه جعل سلطان المصفى للتركة مشابها فى الحكم لحـال المصفى عند الإفـلاس التجارى ، وأنه لكى يكون المشبه فى قـوة المشبه به أو قريبـا منه حتى يمكن التشبيه ، أو يجرى القياس الفقهى — يجب أن تكون العـلة فى الحكم واحـدة ، وأن الإفـلاس التجارى مقتضاه أن تزيد التزامات التجارة عن أموالها ، فلكى تكون هـذه العلة موجودة فى التركة يجب أن تكون التزاماتهـا أكثر من أموالها ؛ وذلك لا يتحقق إلا فى التركة المستغرقة بالدين . فتعميم أحكام التصفية للتركة غير المستغرقة أو التركات الموسرة التى تتسع لكل ديونها وتفيض — إعمال للحكم حيث لا تتحقق علته . ولا يوجـد الباعث عليـه . وكان ينبغى بمقتضى القياس الفقهى الذى تعلقت به المذكرة ألا تكون السلطة عامة إلا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ؛ أو معسرة ، بحيث يظن أو يحتمل ألا تفى أعيـانها بديونهـا .

الملاحظة الثانية : أنه جعل للمصفى سلطان تنفيذ الوصايا النافـذة التى لا تحتاج إلى إجازة الورثة ، بل جعـل له سلطان دفـع التكاليف التى تكون على التركة ، وعموم اللفظ يشمل الضرائب ، وهى رسوم الأيلولة وغيرها ممـا وجب فى التركة قبـل الوفاة ، ورسوم تختلف باختلاف الوارث واختلاف مقدار ما رث ، فللأولاد نسب منخفضة ؛ وللحواشى نسب مرتفعـة ، وهكذا ... فكان المعقول أن تتأخر تلك التكاليف حتى تتميز حصة كل وارث على التعيين . وإذا تعينت حصـة كل وارث تكون مهمـة المصفى قـد انتهت ، وصـار الأمر إلى الورثة ، فبأى نيـابة يتولى عنهم سداد ما عليهم من ضرائب ، إن المنع بلاشك هـو القياس وهـو الفقه ، ولعـل القانون أراد أن يسهل على مصلحة الضرائب استيفاء حقوقها من التركات ، حتى لا تكون مظنـة الضياع ؛ فاعتبرها كسائر الديون التى تكون على التركة ؛ وذلك نظر مالى حسن .

الملاحظة الثالثة : أن القانون لا يكتفى بإعلان الوفاة والوراثة المثبت لحق الوارث ونصيبه فى الميراث سهما شائعا غير مقـدر ماليا . وهـو الإعلام الذى يصـدر عن المحاكم الشرعية ، بل لابد مـع هـذا الإعلام من شهادة تقرر حقه فى الإرث وتبين مقـدار نصيبه ، وتعين ما آل إليه من أموال التركة .

وإن الإشهاد الشرعى وحـده هـو الذى يقرر حقه فى الإرث ، فكيف

يحتاج بعـد ذلك إلى تقرير جـديد من القاضى الوطنى ، وأن تقـدير مقـدار الميراث بالسهام ــ هو بلا شك من اختصاص المحكمة الشرعية ، وأن الشهادة إن كانت لشيء فهى لبيـان مقـدار ما آل إليـه من مال فعلى ، لأن السـهام التى بينها القاضى الشرعى هى نسب ماليـة لا مقادير من الأموال ، وأن هـذه الأموال تعرف على التعيين بعـد قسمة التركة ، لذلك نرى أن هـذه الشهادة مشتمله على ما ليس من اختصاص القاضى الشرعى وإن لم يكن ثمة حاجة إليها ، ولقـد منع الوارث قبـل الشهادة من كل تصرف فى التركة ، أو أن يستوفى الديون التى له قبل غيرها ، أو يجعل مما للتركة مقاصة فيما عليه من دين لمدين التركة ، ولو كان ذلك الوارث قـد انفرد بالميراث والديون قـد سددها المصفى ، والوصايا قـد نفـذت ، لأنه جعـل غاية المنع من التصرف ونهـايته هى الشهادة التى تعطى ، ولم يجعـل غاية المنـع هـو سـداد الدين وتنفيذ الوصايا ، ففى الفترة التى تكون بين السداد وتنفيذ الوصايا ودفـع الضرائب وبين استخراج الشهادة لا يجـوز له أن يبيع أى عين من التركة ، أو أن يتصرف أى تصرف فيها وهـذا أمر غريب : مالك قـد خلصت ملكيته ، ويمنع من التصرف فيهـا ولو كانت منقولا • بل الأغرب من هـذا أنه لا يجـوز له أن يستوفى ديونها التى هى حـق خالص له إلا بعـد هـذه الشهادة ، ولو كانت الديون التى عليها قـد سددت ، والوصايا قـد نفـذت ، والضرائب قـد حصلت • وهـذا تعقيد ليس لـه ما يبرره ، وكان الأولى أن تنفـذ كل التصرفات بعـد خلاص التركة من التزاماتها وتقـديم المصفى تقريرا يتضمن ذلك ، ولا حاجة إلى هـذه الشهادة •

ثم إن هـذه الشهادة لا تكون إلا فى التركة التى عين لهـا مصـف ، أما التركات التى لم يعين لهـا مصف ، فإنها قـد خلصت من هـذه القيود الثقيلة ، وهـذه تفرقة بين متماثلين من غير وجـه لهـذه التفرقة ، وقـد يقول قائل : إن هـذه الشهادة إنما هى لإثبات الخـلاص من الالتزامات ، ولكن هـذا غير ما سمى القـانون فقـد سماها شهادة التوريث ، ويغنى عنها إعلام الوراثة مع تقرير المصفى بخـلاص التركة ، ثم كان يجب أن تعم ولا تخص بمقتضى هـذه التسمية ، وأن عـدم تعيين مصف ليس دليلا على عـدم وجود الدين ، ولا تنفـذ الوصـايا ، فكان قانون المساواة يوجب استخراج الشـهادة لـكل تركة ، وقـد سـايرنا فى هـذا منطق القانون ، ونحن نرى من أول الأمر أن إشـهاد الوفاة والوراثة كاف ، ولا حاجة لشيء من بعـده ما دام لا مطعن فيه ، لأن التقليل من الإجراءات القانونية يسهل الوصول إلى الحق ، والإكثار منها من غير داع إليهـا يصعبه ، إذ أن الناس ليسوا جميعا على إلمـام بدقائقها ، ومن لا يعلم قـد

يخالف ، وإن خالف فتصرفه دخـل فى عقود لهـا حقوق والتزامات . ثم يكون الإشكال والمنازعات ، وتضيع الحقوق ، وينفرج باب الخصومة . وتقطع الأسر ، ويتنابذ الناس ، وما لذلك كان القانون .

٤٩ — والقانون لم يكتف بهـذه السلطة فى سبيل سداد الديون وتنفيذ الوصايا ، بل أجاز للمصفى أن يقسم لأحـد الورثة . وأن يعطيه نصيبه مفرزا فأجاز لكل وارث أن يطلب من المصفى أن يسلمه نصيبه فى الإرث مفرزا ، إلا إذا كان هـذا الوارث قـد سبق منه اتفـاق على أن يكون نصيبه شائعا . أو كان فى التركة ما يمنع القانون قسمتها ، فإذا قسم له كان للورثة حق الاعتراض عليها ، ولا تصير القسمة نهائية إلا إذا قبلوها جميعا . فإن قبلوا مجتمعين تلك القسمة التى يفرضها عليهم المصفى صارت نهائية ، وإن لم يقبلوها رفـع المصفى على نفقـة التركة دعوى بالقسمة . أى لتكون تلك القسمة التى عجز عن فرضها عليهم اختيارا ، واجبة عليهم إجبارا . إن لم يتـدارك القضاء العادل هؤلاء الورثة بعـدله . وإذا لم يطلب أحـد الورثة القسمة سلم المصفى الأموال شائعة إليهم ليتولوا هم قسمتها . وكنا نود أن يكون نص على أن يكون تولى المصفى للقسمة بعـد طلبها بعـد علم الورثة الكامل بالتركة ليكون للملاك كامل حريتهم بعـد علمهم . ولكيـلا يفتح البـاب للظنـون ، فليس المصفى ملكا كريما تنزل على النـاس ليقوم بين الورثة بالقسطاس ، وما كان وارث على علم بدقائق التركة ، والمصفى واضع يده عليها ، وقـد تولى جردها واستيفاء كل حقوقها . وأداء كل التزاماتها ، فينبغى أن يكون العلم الكامل بها سابقا للقسمة .

٥٠ — هـذه بعض أحكام التصفية فى القانون المدنى . وقـد رأيت أنه نظـام يبتدئ جـوازيا ، ولكنه يتسع مدى سلطانه حتى يصير عبئـا على الورثة ، فإن المصفى يصير صاحب السلطان المطلق فيها ، وليس للورثة فيها شأن إلا بعـد انتهاء عمله من تسديد كل ما على التركة من التزامات وتكليفـات ، وإفرازها إن طلب أحـد الورثة ذلك ، ثم لا تسلم الورثة إلا إذا قدموا شهادة التوريث التى نوهنا عنها ونقـدنا وضعها .

والتصفية ليست قيدا ثقيـلا على الورثة ، وحاجزا دون ملكهم فقط ، بل هى فوق ذلك عبء على التركة ، فنفقاتها ونفقـات الخبراء والمحاسـبين والإجراءات والقسمة ، كل ذلك عبء على التركة ، وربما لا تكون فى أضيق ما يمكن من الإنفاق ، وتعقيب القضاء وراءه ليس بمحيط لكل تصرفاته . واعتبر ذلك بحال نظار الأوقاف وما يرهقون به الأوقاف من نفقات،مما ضجت به الشكوى

من أصوات المستحقين ، وأشكت الحكومة هؤلاء الشكاة ، فأجازت قسمة النظر كما ذكرنا . بحيث يكون كل واحد ناظرا على حصته ، ثم ألغت الوقف الأهلى . ولذلك نكرر الرجاء — والتصفية اختيارية — أن يضيق دائرتها قضاؤنا العادل ، فيتجه إليها حيث تتعين . ولا يكون طريق سواها ، وعند الله جزاء العادلين .

٥١ — هذا ؛ وإن للمحكمة عند تقرير التصفية أن تتخذ الاحتياطات اللازمة على وجه الاستعجال للمحافظة على التركة إذا طلب ذلك أحد ذوى الشأن من الدائنين ، أو الموصى لهم أو الورثة ، أو من النيابة العامة إذا لم يكن قد عرف للميت وارث ، أو عرف ولكنه غائب فى مكان بعيد ، أو غير معلوم المكان ؛ وللمحكمة أن تقوم بهذه الاحتياطات من غير طلب أحد ، فإن الاحتياط للأموال التى لا حافظ لها من أصحابها من الحسبة العامة التى تقوم بها جهة الاختصاص من تلقاء نفسها ؛ والمحكمة هى الناظرة فى مصالح الناس فى دائرتها .

وإن اتخاذ هذه الاحتياطات بطلب أو من غير طلب واجب على المحكمة وليس بحق جوازى لها ، فإن ذلك لحفظ المال من الضياع إلى أن يتسلمه مالكه أو من له ولاية عليه ، ولو كانت ولاية مؤقتة ، ويلاحظ أن ذلك الاحتياط إنما هو للمحافظة إلى أن يتولى أمر المال المصفى .

٥٢ — ويلاحظ أنه قسمة قبل تمام التصفية إلا إذا كانت الديون مؤجلة ولم يجمع الورثة على حلولها ، فإن التركة تقسم محملة بهذه الديون المؤجلة مع تقديم الضمانات الموثقة لحقوق الدائنين ، فإن كل حصة فى هذه تكون محملة بدينها المؤجل ، ولكل صاحب حصة من الورثة أن يخلص حصته بالتعجيل بأداء دينه .

وهنا نجد أن الشريعة كانت مسهلة بالنسبة للتركات غير المستغرقة أكثر من القانون . فإنها أجازت القسمة بإطلاق على أن يخصص جزء من التركة لأداء الدين . ثم يقسم الباقى بين الورثة قسمة قابلة للنقض إلى أن يستوفى الدائنون ديونهم ؛ أما القانون فقد جوز القسمة فقط فى حال ما إذا كانت على التركة ديون مؤجلة ؛ ولم يجمع الورثة على تعجيلها ، وظاهر العموم فى عبارة القانون أن يشمل التركات المعسرة ؛ والتركات الموسرة بالنسبة لجواز التقسيم إذا كانت الديون مؤجلة . وإن ذلك بلا شك توسعة أكثر من المذهب الحنفى الذى لا يجيز تقسيم التركات المستغرقة بالدين ، لعدم ملكية الورثة لها .

التصرف فى التركة

٥٣ — قدمنا عند الكلام فى ملكية الورثة للتركة أن هناك نظريتين متقابلتين : اعتنق كل واحدة منها فريق من الفقهاء (إحداهما) أن الملكية تنتقل إلى الورثة من وقت الوفاة . ولو كانت التركة مستغرقة بالدين ، وهذه نظرية الشافعية والحنابلة على المشهور من روايات مذهبهم : و (الثانية) أن الملكية تنتقل إلى الورثة فى الجزء غير المشغول بحاجة الميت ، أما المشغول بحاجته فإنه يستمر على ملكية الميت ، أو حكم ملكيته . فإن كانت التركة مستغرقة بالدين لا تنتقل ملكيتها إلى الورثة ، لأنها كلها مشغولة بحاجته . وإن كانت غير مستغرقة فإنه ينتقل إلى ملك الورثة بمجرد الوفاة الجزء غير المشغول بحاجته ؛ فتكون ملكية الورثة فيما بعد الدين . وهذه نظرية الحنفية وإليها يميل المالكية .

كان الظاهر أن يتبع الملكية على أنه ثمرة لها — حرية التصرف . فكان ينبغى على مقتضى هذا الظاهر أن تجوز التصرفات عند الذين حكموا بانتقال الملكية ، ولكن لآرائهم فى العقود ، لا فى التركة — قيدوا حرية التصرف . ولذلك لم يكن جواز التصرفات مقررا عند الشافعية تبعا لهذه الملكية . وليتبين الموضوع نقول :

٥٤ — إنه على مذهب الحنفية الذين قرروا أن الملكية تنتقل فى غير المشغول بحاجة الميت أى بالدين — قرروا أنه فى حال استغراق التركة بالدين لا يجوز أى تصرف من الورثة فى التركة إلا فى إحدى أحوال ثلاث :

(أولاها) أن يطلب إليهم القاضى بيع التركة أو بعضها لسداد الدين ، وفى هذه الحال يكون بيعهم جائزا نافذا لأن القاضى اقامهم مصفين للتركة ؛ وبهذا الوصف ساغ البيع ونفذ .

(ثانيتها) أن يرتضى الدائنون تسوية الأمر بينهم وبين الورثة ؛ ويرتضوا أن يقوم الورثة بالعمل على البيع وسداد الدين ، ويتفقوا معهم على أوقات البيع ، والأسعار المناسبة ، أو يفوضوا أمر السداد إليهم ثقة بهم ؛ وفى هذه الحالة يسوغ تصرفهم ، لأن المنع كان لحق الدائنين ، وقد ارتضوا بتصرفهم . أو ارتضوا بتصرف بعضهم ، لأن لهم خلافة عن الميت . وإن كانت خلافة ناقصة لم تثبت ملكية لاستغراق التركة بالدين ، وتعلق حقوق الدائنين بها .

(ثالثها) أن يستخلصوا التركة إما بسداد الدين ، وليس للدائنين اختيار فى قبول ذلك السداد . وإما بتقديم كفيل يرضاه الدائنون فتثبت فى ذمته . ويكون ذلك الضمان تبرعا ، أى بأن يبرئ الضامن الميت من الدين ؛ وإما بأن يضمن الورثة مجتمعين الدين ، ويرتضى الدائنون ضمانهم ، وتنتقل الديون إلى ذممهم . وإما بأن يضمن أحدهم السداد متبرعا ، ففى كل هذه الأحوال تستخلص التركة . ويكون للورثة حق التصرف ، ولو كانت مستغرقة بالدين . وبالأولى تجوز القسمة والصلح . وكل تصرفات الملاك فى أملاكهم .

هذه هى الأحوال التى يجوز فيها تصرف الورثة فى التركة المستغرقة بالدين وفى غير هذه الأحوال لا يجوز عند الحنفية أى تصرف فيها لأنه لا ملكية لهم ولا إنابة من الميت ، ولا من القاضى . والخلافة ناقصة .

٥٥ — وإذا كانت التركة غير مستغرقة بالدين . بأن كان الدين لا يحيط بها . فإن الملكية تثبت لهم عند الحنفية فيما وراء الدين ، وعلى ذلك تثبت الشركة بينهم وبين المتوفى ؛ فعلى حكم ملكه لا يؤدى منه الدين . والباقى على ملك الورثة . ولقد قررنا أنه فى هذه الحال يجوز القسمة استحسانا على أن يخصص للدين قدر يكفيه ؛ فإذا كانت التركة قد قسمت على الوضع فإن تصرف كل وارث فى حصته فى عينها أو منافعها يجوز ، إلا أن التصرف فى عينها ببيع أو هبة أو نحوهما يكون قابلا للنقض إذا نقضت القسمة ، إما لأن الجزء المخصص للدين لم يكفه ، وإما لهلاكه ، وإما لظهور دين جديد لم يكن معروفا . ففى هذه الأحوال ينقض التصرف لنقض القسمة . وهى أحوال نادرة الوجود . ولذلك يمنع التصرف لأجلها ، ولا تغرير بأحد ؛ لأن التغرير إنما يكون حيث يتوقع النقض ويكثر ، ولم يكن نقض القسمة متوقعا ، لأن هذه الأمور لم تكن متوقعة لندرتها .

٥٦ — هذا هو حكم التصرف إذا كانت التركة مدينة بدين غير محيط بها ؛ وكان التصرف بعد تمام القسمة ، أما إذا كان التصرف قبل تمام القسمة وتخصيص جزء الدين يكفى لسداده ، فلذلك حالان (إحداهما) أن يكون بيع شىء معين ، (والثانية) أن يكون بيع حصة شائعة فى التركة كلها ، بأن تكون التركة ضيعة فيبيع حصة شائعة فيها ؛ أو يبيع حصة شائعة من شىء معين منها لا يتجاوز نصيبه فيه .

فإن كان البيع شيئا معينا من التركة قبل القسمة ؛ ففى هذه الحال يكون

النبيع بيع شيء تعلق به حــق الدائنين ؛ ولغيره من الورثة ملكية فيه : فهو قــد باع ما يملك مع ما لا يملك ، وما تعلق به حق الغير : ولذلك لا ينفــذ تصرفه فى حق غيره ؛ ومن المقرر فى أحكام الشركة فى الملك أن أحــد الشركاء ينفذ تصرفه فى حصته ، ويتوقف فى حصة غيره : وهنا شركة ملك وتعلق حــق الغــير ، ولذلك قالوا أن ذلك البيع لا ينفــذ فى غير حصته ولا يلزم الدائنين ، وإن ارتضى الدائنون التصرف هم وسائر الورثة نفــذ فى جميع العين .

ولــو انفرد الوارث بالإرث . وباع شــيئا معينا وفى الباقى ســداد للدين فإن البيع ينفــذ .ولا يصح نقضه ويجــوز التصرف : وينفــذ أيضا إذا كان لسداد الدين بأمر القاضى ، لأنه فى هــذه الحال يكون مقــاما من القضــاء لتسديد التزامات التركة ، ومثل ذلك إذا كان الوارث البــائع هــو الوصى المختار من قبــل الميت : فإنه يجوز بيعــه شيئا معينا لسداد الدين وتنفــيذ الوصــــايا .

هــذا كله إذا كان التصرف فى جزء معين من التركة ، أما إذا كان البيــع لحصة شائعة ، فيختلف الحكم إذا كان لسداد الديون : أو لحسابه الخــاص فإن كان البيع لسداد الديون . ولم يكن هناك وصى ولا شــخص عينه القاضى لتنفيذ التزامات التركة ؛ فإن البيع يكون صحيحا فى حصته من الدين ، لأن من حقه أن يخلص نصيبه ولــو شائعا من الدين : فينفــذ البيع فيمــا يقــابل حصته ، ولابد أن يكون ذلك الغرض واضحا ، إما باتفاقه مع الدائنين على ذلك وإما بتسديد ذلك الجزء من الدين بالفعل : ومثل ذلك الحكم لــو كان للتركة وصى ولكنه كان غائبــا(٣٧) . أما البيع والوصى مقيم حاضر فإنه لا ينفــذ . لأن ولاية البيع للوصى بمــا له من خلافة على الميت فى ذلك .

وإذا كان بيــع الوارث حصة شائعة من التركة لحسابه ، لا لسداد الديون فإنه يجــوز إذا كانت تلك الحصــة التى باعها لا تتجاوز حصته التى يستحقها بعــد ســداد الديون : وحينئذ يكون البيع نافــذا ، لأنه باع ما يملك شائعا ، وله بيقين ملك شائع إذا كان الدين غير محيط بالتركة على ما بينــــا . ومن المقرر فى أحكام شركة الملك أن من يبيع حصته الشائعة يكون بيعه نافــذا ما دام لا يتجاوز حصته ، ولقــد صرح بهــذا الجواز جامع الفصولين . فقــد جاء فيــه أن للوارث أن يأكل من التركة ، إذا كان فى الباقى وفاء للدين ولا وارث

---

(٣٧) جامع الفصولين جـ ٢ ص ٣٧ .

سواه ، وجاء فيه أنه لو باع الوارث الكبير شيئا من التركة ليس للوصى نقضه إذا كان فى يده شىء غير ذلك يستطيع أن يبيعه وينفذ منه دينه وينفذ وصاياه(٣٨) .

وهذا بلا شك تطبيق دقيق لحكم الشركة التى تعلق بها حق الغير ، وفى هذا الكتاب ما يفيد أن البيع حق ولو كان معينا يجوز إذا كان من الورثة مجتمعين : أو كان الوارث المنفرد بالإرث إذا تركوا جزءا يفى بالدين . وقد نوهنا إلى ذلك فى الكلام فى حكم المعين .

٥٧ — هذا هو حكم التصرف فى المذهب الحنفى ، وهو يستقيم مع أقيسته وهو تطبيق لنظريته . أما المذهب المالكى الذى يساير المذهب الحنفى فى نظريته أو يقاربه ، فقد قالوا فيه فى التركة المستغرقة المشهور استغراقها ، أو المعلوم للورثة دينها أنه لا تجوز قسمتها ، ولا يجوز التصرف فيها بالتالى . وأما التركة غير المستغرقة بالدين فإن الرأى فيها عندهم مختلف ، فعند بعضهم القسمة لا تجوز حتى يسدد الدين ، وبالأولى التصرف لا يجوز إلا بعد ذلك لصريح الآية الكريمة « من بعد وصية يوصى بها أو دين » فحق الورثة متأخر عن سداد الدين ولأن حق الميت براءة ذمته ، وقد مضى إلى ربه ، فأصبح الحق ليس حق الدائنين فقط ، بل لله فيه حق ، وهو براءة ذمة ذلك الذى مضى إليه .

وبعضهم أجاز القسمة ، وأجاز التصرف إذا كان فى الباقى من التركة ما يكفى لسداد الدين ولبراءة الذمة ، وذلك لأن تقديم الدين على الورثة إنما هو لحق الغرماء ، فإذا حفظ من التركة ما يضمن الوفاء بحقهم فقسمة ما وراء ذلك جائزة والتصرف فيه سائغ .

هذا كله إذا كانت الديون معلومة للورثة ومعروفة ، أما إذا لم تكن معروفة للورثة ولا مشهورة ، فإن القسمة جائزة والتصرف جائز ، ولكن الورثة

---

(٣٨) الكتاب المذكور ص ٢٢ . هذا ، وقد جاءت فروع كثيرة فى الهدية والتنبة وغيرهما يبدو منها بادى الراى أن بين الأحكام فيها وفى غيرها تضاربا ، ولكن لو فهمت النظرية الحنفية التى وضحناها فهما دقيقا لتبين التوافق او لتبين أن بعض الكتاب يعبر عن العقد الموقوف بعدم الجواز ؛ وذلك كثير جدا فى كتب الحنفية ، او لتبين ان فى الكلام قيدا ملاحظا فى الكلام وان لم يصرح به .

يكونون ضامنين للديون عند ظهورها ، ولا يتبعون المشترين لعدم علمهم بحال المبيع ؛ وقد جاء في المدونة ما نصه :

« أرأيت إن باع الورثة تركة الميت . فأكلوها ؛ أو استهلكوها ، ثم قدم قوم فأقاموا البينة على دين لهم على الميت . قال مالك إن كان الرجل الميت معروفا بالدين ، وبادر الورثة الغرماء فأخذوا ماله فباعوه واقتسموه : وأكلوه كان للغرماء أن يأخذوا مال الميت حيثما وجدوه ، ولا يجوز بيع الورثة . واتبع الذين اشتروا الورثة . وإن كان الرجل لا يعرف بالدين ، فباعوا على مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم لتبع الغرماء الورثة . ولم يكن لهم على من اشترى منهم سبيل . ولا يأخذون من الذين اشتروا ما في أيديهم »(٣٩) .

٥٨ ـ هذا هو حكم التصرف عند أصحاب النظرية الأولى ، وهي نظرية الحنفية والمالكية ، ولننتقل بعد ذلك إلى حكم التصرف عند أصحاب النظرية الأخرى وهي نظرية الشافعي وأكثر الحنابلة . ولقد وجدنا الحنابلة الذين قالوا بانتقال الملكية إلى الورثة بمجرد الوفاة . ولو كانت التركة مستغرقة يجيزون قسمتها والتصرف فيها . ولكن الحق يستمر متعلقا بها ، أي يتتبعها أينما كان مالكها ، ويكون للدائنين الحق في أحد أمرين . إما استيفاء ديونهم من الورثة ؛ وإما نقض التصرف الذي نقلها إلى غيرهم ، وبيعها بأمر القاضي في سداد الدين ، فإن قضى الوارث الدين فليس للدائن وراء ذلك حق ، وان لم يقضه طلب الوارث نقض البيع ، وبيعت العين في الدين . وبعض الحنابلة الذين قالوا إن الدين يمنع الملكية حتى يوفى اعتبروا كل تصرف قبل سدادها فاسدا .

٥٩ ـ هذا هو حكم التصرف عند الحنابلة ، أما الشافعية وهم الذين حملوا لواء النظرية وقرروا انتقال الملكية المستغرقة بالديون إلى الورثة . فقد منعوه بالتصرف فيها بناء على قاعدة مقررة عندهم . وهي أن العين التي تعلق بها حق الغير لا يجوز التصرف فيها ، فلا يجوز بيع العين المرهونة قبل

---

(٣٩) المدونة جـ ١٣ ص ٥٩ طبع الساسي وقد نهج القانون المدني مثل ذلك المنهج ، فانه ذكر ان على المصفي أن يوجه تكليفا علنيا لمديني التركة ودائنيها أن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق ، وبما عليهم من ديون ، وذلك في خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذي ينشر فيه التكليف آخر مرة ، فإذا صفيت التركة بعد ذلك ، وظهر دائنون بعد ذلك لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد ، ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة لا يجوز لهم أن يثبتوا على كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال ، وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم بغير حق ـ مادة ٨٨٦ ، ٨٩٧ .

فك الرهن . وعلى ذلك فالتصرف لا يجوز إلا إذا كان لأجل سداد الدين ، فبيع الوارث لحساب نفسه لا يجوز ، ولكن بيعه لسداد الدين يجوز ، ثم منع التصرف إنما هو لحق الشارع وحق الدائن ، ولذلك لا يسوغ البيع ولو بإذن الدائن . إلا إذا أبرأ المدين من الدين .

وهذا سواء أكانت الديون محيطة بالتركة أم لم تكن محيطة بها ، ولكن ذكر بعض الشافعية جواز التصرف من الوارث بمقدار حصته فى التركة غير المستغرقة بعد سداد ديونها . وهذا معقول فى ذاته ومنطقى مع مذهب الشافعية الذى يجيز تجزئة الضمان فى الحقوق المتعلقة بالتركة .

٦٠ — هذا هو حكم الشريعة على اختلاف مذاهبها فى التصرف فى التركة قبل سداد الديون . سواء أكان قبل القسمة ام كان بعدها ، ولننظر بعد ذلك فى حكم القانون المدنى .

لقد تعرض القانون المدنى للتصرف فى التركات فى موضعين . فى تصفية التركات . وفى أحكام البيوع . وأحد النصين مانع . والآخر مسوغ ، ولكل موضوع خاص فلا تعارض . ولا شبهة تعارض : فأما النص المانع فهو بيع أى شىء من التركة قبل شهادة التوريث ، فقد جاء فى المادة ٨٨٤ « لا يجوز للوارث قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة ٩٠١ أن يتصرف فى مال التركة ... » .

وهذا النص موضوعه التصرف فى شىء معين من التركة وخاص بالتركات التى عين لها مصف كما نوهنا ، وأما النص المسوغ فهو ما نصت عليه المواد — ٤٧٣ ، ٤٧٤ . ٤٧٥ - ٤٧٦ فقد ذكرت هذه المواد أن من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يكون ملزما أمام المشترى إلا بثبوت وراثته ، وهذا البيع لا يسرى فى حق غيره إلا إذا اتخذت الإجراءات الواجبة لنقل كل حق فيها ، فإذا كان فى التركة عقار لا يسرى البيع فى حق الغير إلا بعد شهره بالتسجيل ، ولا تنتقل الملكية فيه إلى المشترى إلا بذلك أيضا : ويدخل فى بيع التركة ديونها التى تكون لها قبل غيره . فإن كان البائع قد استوفى بعضها أعطاه المشترى ثم يكون البيع منصبا على التركة بما لها من حقوق وما عليها من التزامات ، فيكون على المشترى أداء ما عليها من ديون ، فإن كان البائع قد وفى بعضها أو كلها رجع بما وفى على المشترى .

وظاهر من هـذه الخلاصة أن موضوع البيع هو التركة بمغانمها ومغارمها سواء أكان المبيع التركة كلهـا أم كان المبيع بعضا شائعا فيها . فإذا كان الوارث مستحقا للتركة كلهـا وباعها على هـذا الوضع ، أو باع الورثة مجتمعين التركة كلها على هـذا الوضع فالبيع سائغ ، وكذلك إذا كان البيع من بعض الورثة ، وباع أسهمه من الميراث ، كزوج يبيع الربع أو النصف يكون بيعـه جائزا . أو يحل المشترى محله فيأخـذ ما كان يستحقه صافيا .

هـذا الحكم عام يشمل ما إذا كان المشترى من الورثة . وما إذا كان المشترى أجنبيا ، ويكون أجنبيا حتمـا إذا كان المشترى يشترى التركة كلها ، أما إذا كان يشترى بعضا شائعا فيها ؟ فإنه يحتمل ان يكون أجنبيا ، ويحتمل أن يكون من الورثة ، وإذا كان المشترى أجنبيـا فإن لبـاقى الورثة حـق الاسترداد ، وإن كان من الورثة فإن الوارث المشترى يضرب بسهامه فى التركة وسهام من اشترى منه ، وإن كان باقى الورثة الذين اشتروا سـهام الوارث الذى يبيع ، فهـذا هـو الذى يسميه الفقهاء التخارج . وله أحكام وحـدود سنبينها عند الكلام عليه فى موضعه من أحكام المواريث .

٦١ ــ وقبل أن نترك الكلام فى بيـع التركات الذى جاء فى القـانون تشير إلى أن القانون أجاز بيـع التركة بمـا لها من ديون . وقـد ذكرنا أنه إذا كان البائع قـد استوفى شيئا منها أعطاه للمشترى . وبيـع الدين لغير من عليه الدين جائز فى القانون ، وأساسه هـو جواز حوالة الحـق . بأن يطالب بالحـق من لم يكن صاحبه فى الأصل ، وبيـع الدين لغير من عليـه الدين لا يجـوز فى المذهب الحنفى . وحوالة الحـق لا تجوز . لأن تمليك الدين لغير من عليـه الدين لا يجـوز ، ولـكن صرح فقهـاء فى المذهب الحنبلى بجـواز ذلك . وتحايل بعض فقهاء الحنفية على تجويزه ، ونريد أن نستطرد فنبين جـواز ذلك ، كما جاء فى المذهب الحنبلى . وكما تحايل فقهاء الحنفية لجوازها .

لقـد بين ابن تيمية جواز تحويل الدين لغير من عليه الدين ، وبين أنه معاونة على الاسـتيفاء ، وعلل ذلك بأنه لم يرد نص عام ولا نص خاص يمنع ذلك ، ولأن حوالة الحقوق من جنس المعاونة على اسـتيفاء الحقوق . ولذلك ذكر النبى صلى الله عليه وسلم الحوالة فى معرض الوفاة فقال فى الحـديث : « مطل المغنى ظلم ، وإذا اتبع أحـدكم على ملىء فليتبع » .

أما المذهب الحنفى فمـع أن أقيسته الفقهية لا تتسع لقبول حوالة الحقوق

فقد تحاينوا لتجويزها . ذلك بأن فقهاءه امتازوا بالقدرة على استخراج المخرج الفقهية إذا ضيقت عليهم الأقيسة أبواب الفتوى ، وقد وجدوا لحوالة الحقوق مخرجا . وأفتى بها بعضهم ، ولذلك جاء فى البدائع جوازها . واعتبروها توكيلا بقبض الدين . وهذا نص قوله :

وأما بيع الديون من غير من هى عليه ، والشراء بها من غير من هى عليه . فينظر إن أضاف البيع والشراء إلى الدين لم يجز : بأن يقول لغيره : بعت منك الدين الذى فى ذمة فلان بكذا ، أو يقول : اشتريت منك هذا الشىء بالدين الذى فى ذمة فلان بكذا . أو يقول اشتريت منك هذا الدين الذى فى ذمة فلان . وذلك لا يجوز لأن ما فى ذمة فلان غير مقدور التسليم فى حقه . والقدرة على التسليم شرط انعقاد العقد على ما مر ، بخلاف البيع والشراء ممن عليه الدين ، وإن لم يضف العقد إلى الدين الذى عليه جاز ، ولو اشترى شيئا بثمن دين ولم يضف العقد إلى الى الدين حتى جاز ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذى له عليه جازت الحوالة سواء كان الدين الذى أحيل به دينا يجوز بيعه قبل القبض . أم لا يجوز كالسلم ونحوه ؛ وذكر الطحاوى أنه لا تجوز الحوالة بدين لا يجوز بيعه قبل القبض ، وهذا غير سديد ؛ لأن هذا توكيل بقبض الدين ؛ فإن المحال له يصير بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحال له ؛ والتوكيل بقبض الدين جائز أى دين كان ، ويكون قبض الوكيل كقبض موكله(٤٠) .

ونرى من هذا أن بيع الدين سائغ جائز فى المذهب الحنفى والحنبلى ، وما جاء فى القانون المدنى فى هذا المقام غير بعيد عن الفقه الاسلامى والله أعلم .

---

(٤٠) البدائع الجزء الخامس ص ١٨٣ ، واحمد بن حنبل للمؤلف ص ٢٨٠ فى باب القياس الجلى .

القسم الثانى

أحـكام المـواريث

٦٢ - المستحقون للتركة :

قلنا أن أول شيء يتعلق بالتركة بعـد الوفاة هـو تجهيز الميت وتكفينه هو ومن كان يجب تجهيزه وتكفينه إذا مات قبـله ، ولم يكن قـد جهز وكفـن - كابنه إذا مات قبـله ، وقبـل أن يدفن مات الأب : وكالزوجـة إذا ماتت قبـل زوجها ، فإذا مات قبـل تجهيزها جهزت من ماله أخـذا برأى أبى حنيفـة وأبى يوسف ، وهـو الراجح المشهور فى المذهب - وهـو أن تجهيز الزوجـة وتكفينها على زوجهـا موسرة كانت أو معسرة ، لأن نفقتها كانت واجبـة عليه ، والتجهيز تبع لهـا •

وبعـد التجهيز والتكفين تسدد الديون التى للعبـاد كما بينا - ويبدأ من الأعيان التى تعلقت بهـا الديون قبل الوفاة بسداد هـذه الديون منها : وما بقى فلسائر الديون : ويبـدأ على مقتضى أحكام المذهب الحنفى بديون الصـحه ، وهى الديون التى ثبتت فى حال الصـحة : بأى طريق من طريق الإثبـات • والديون التى ثبتت فى حال المرض بغير الإقرار - وديون المرض هى الديون التى ثبتت فى حال المرض بطريق الإقرار وحده • وبعد سداد ديون الصحة تؤدى ديون المرض ، فإن كان الباقى لا يكفيها أديت الديون بالمحاصـة ، اى بنسبة بعضها لبعض ، وهكذا •

وبعـد سداد الديون بأنواعها إن بقى شيء تنفـذ منه الوصايا التى لا تزيد على ثلث التركة ، ومنها الوصية الواجبة ، وسنشرح فى هـذا الكتاب طريق اسـتخراجها •

وبعـد ذلك يكون الباقى من التركة للورثة ، ومن فى حكم الورثة ، كالمقر له بنسب فيه تحميل النسب على الغير وبيت المـال •

٦٣ — وقد رتب القانون بين المستحقين في المادة الرابعة[٤١] منه ، فذكر أنه يؤدى من التركة أولا ما يكفى للتجهيز والتكفين لـه ، ولمن كان يعـوله في حياته . ثم تسدد الديون ، ولم يفصل طريق سدادها ، وقد ترك ذلك إلى ما اشتمل عليه المذهب الحنفى . وما جاء خاصا بالتركات من أحكام القانون المدنى . وقد بينا ما فى كليهما فى القسم الأول . وهو الخاص بأحكام التركات العامة ، مع الموازنة بين المذاهب فى ذلك ، ثم بينا أنه يلى سداد الديون تنفيذ الوصايا التى تخرج من الثلث ، وطرق استخراجها ثم يتعرض لهـا قانون الميراث . وتركها لقانون الوصية . وسنتكلم عن الجزء الذى يجب بيانه فى الميراث عند بيان حلول المسائل التى تكون فيها وصايا ومواريث .

ولقد ذكر القانون أنه يلى الوصية النافـذة من غير حاجة إلى اجازة أحـد حـق الورثة سـواء أكانوا أصحاب فروض ، أم كانوا عصبة أم كانوا ذوى أرحام . وسـواء أكانت العصبة نسبية . أم سببية ، وهى التى يكون سببها ولاء العتاقة . على ما سنبين فى أسـباب الميراث ، بيـد أن القانون أخر ولاء العتـاقة فى الميراث على الرد على الزوجين ، وجعـل الرد على الزوجين بعـد ذوى الأرحام . وهـو ليس من مذهب الحنفية ؛ أما الرد على ذوى الفروض غير الزوجين . فهو مقدم على ذوى الأرحام ؛ وسنبين ذلك عند الكلام فى الرد .

٦٤ — وإذا لم يكن ثمة وارث ؛ فإن التركة تكون لمن يأتى :

(أ) المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره ؛ كمن يقر لشخص بأنه أخـوه أو عمــه . أو ابن ابنه ، أو ابن بنته ، ولم يثبت ذلك بدليـل آخر غير الإقرار ، فإنه لا يعـد وارثا له ، ما دام هنـاك وارث سـواه ، ولو كان أحـد الزوجين ، وذلك لأن الإقرار حجـة قاصرة على المقر ، لا تتجـاوز إلى غيره ومن أقر لشخص بأنه أخـوه ، فقـد تضمن إقراره ادعاء بنـوته من أبيـه فلا يثبت بذلك الإقرار النسب ، ولكن يلزم المقر ما يكون فى دائرة حقـوقه ،

---

(٤١) هـذا نص المـادة الرابعة : (يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتى : أولا — ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن . ثانيا — ديون الميت . ثالثا — ما أوصى به فى الحـد الذى تنفـذ فيه الوصية . ويوزع ما بقى بعـد ذلك على الورثة . فإذا لم يوجـد ورثة قضى فى التركة بالترتيب الآتى : أولا — استحقاق من اقر له الميت بنسب على غيره . ثانيا — ما أوصى به فيما زاد على الحد الذى تنفذ فيه الوصية . فإذا لم يوجـد أحـد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقى منها إلى الخزانة العـامة) .

وواجباته ، فيشاركه فى الميراث إن لم يكن وارث سواه . وتجب عليه نفقته إذا كان من أقر له فقيرا عاجزا عن الكسب .

والإقرار بالنسب الذى يكون فيه تحميل النسب على غيره يكون فى الإقرار بغير الأبوة المباشرة والبنوة المباشرة . أما الإقرار بهما . فإنه لا يكون فيه تحميل النسب على غيره ، فمن أقر لشخص بأنه ابنه واستوفى الإقرار شروط صحته . فإنه يكون ابنه ؛ ويشارك فى الميراث سائر أبنائه . ومن أقر لشخص بأنه أبوه ؛ واستوفى شروط صحة الإقرار عامة . والإقرار بالنسبة خاصه . فإن الإقرار يكون صحيحا ، ويرث منه . ويشارك أولاد المقر بنصيبه معهم إن كان للمقر أولاد .

والقانون قد جعل المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره بعد الوارثين الثابتة أسباب ميراثهم ثبوتا لا شك فيه ، ولم يجعله من ضمن الورثة ، بل جعله من المستحقين للتركة بغير الميراث . وذلك لإن إقراره . وإن لم يثبت القرابة المسوغة للميراث — قد بين إرادته فى أن يكون هذا وارثا له ، فتنفذ إرادته ؛ بيد أنه إذا استحق . فإنما يستحق بسبب ذلك الإقرار . وأقصى ما كان يؤدى إليه الإقرار لو أعمل أن يكون أخا أو عما . فإذا استحق شيئا ، فيلاحظ أنه يشترط فى استحقاقه ما كان يشترط فى الأخ والعم ونحوهما . ولذلك لا يستحق إذا اختلف الدين ، وبعبارة عامة إذا قام مانع من موانع الإرث ، ولذا جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه :

« والمقر له بالنسب (أى الذى فيه تحميل على الغير) غير وارث ، لأن الإرث يعتمد ثبوت النسب . وهو غير ثابت بالإقرار . غير أن الفقهاء اجروا عليه حكم الوارث فى بعض الأحوال ؛ لتقديمه على الموصى له بما زاد على الثلث بالنسبة للزائد ؛ ولاعتباره خلفا عن المورث فى الملك ، فله أن يرد بالعيب . ولمنعه عن الإرث بأى مانع من موانعه .

وإن ميراث المقر له بنسب فيه تحميل على غير المقر لم يذكر فقط فى المادة ٤ بل ذكر فى المادة ٤١ ، واشترط لاستحقاقه مع الشروط السابقة ألا يكون معروف النسب ، فإذا أقر لشخص بأنه أخوه ، وكان المقر له ذا أب معروف بنسبته إليه ، فإنه لا يستحق شيئا ، لأن شرط الأخذ بالإقرار ألا يقوم الدليل على كذبه ، ولا شك أنه إذا كان للمقر له أب وقد أقر المقر بأنه

أخــوه شقيقه أو لأبيه ، فإن ذلك يكون دليلا على كــذب الإقرار ، ولو أخــذ به كان فى ذلك أخــذ بالدليل الأضعف المثبت . فى مقابل الدليل الأقوى النافى لمــا يثبتــه الإقــرار .

وكذلك يشترط لاستحقاقه فى التركة ألا يرجع المقر عن إقراره ، لأنه إن رجع فى إقراره يكون قــد كذب نفسه من غير أن يثبت قوله الأول حقا فى النسب للمقر له . لأن استحقاقه فى التركة ـــ الأساس فيه تنفيذ إرادة الميت المقر فى إلحاقه بقرابته ، وإعطاؤه ما يأخــذه من درجته من ذوى قرباه ، وإذا رجــع فى إقراره تكون هــذه الإرادة غير موجودة . فلا يستحق شــيئا ، لزوال سبب الاســـتحقاق(٤٢) .

ويلاحظ أنه إن ثبتت الأخوة أو العمومة بحجة تامة يثبت النسب ، ويكون استحقاقه بوصف كونه أخا صحيح النسب ، فيأخــذ نصيبه فى درجته من القرابة . لا بعــد ذوى الأرحام ، والرد على الزوجين كما هــو مبين فى توزيع التركة . وكما سنشرحه .

---

(٤٢) نريد فى هــذا المقام أن ننبه إلى أمرين : (أحــدهما) أن الإقرار بالبنوة غير المباشرة . وقــد قررنا أن يكون فيه تحميل النسب على الغير ، ولكن جاء فى الدر المختار أن ذلك مقيد بمــا إذا كان أبو المقر لــه موجودا ، أى أنه مقيد بكون المتوسط حيا . فإذا كان ميتا . فليس فيه تحميل نسب على غيره ، ويظهر من سبب هذا التقييد أن مثل ذلك الإقرار بالأبوة غير المباشرة .

(ثانيهما) أن إقرار الورثة لغيرهم باستحقاق الميراث معهم معتبر ، سواء أكان الإقرار منهم جميعا . أم كان من بعضهم ، غير أنه إذا كان الإقرار منهم جميعا يلزمهم جميعا . فلو كانوا ثلاثة أبناء ، وأقروا برابع كان الميراث بينهم هم الأربعة ، وإن كان المقر بعضهم الزم من أقر بإقراره ، فإذا كانوا ثلاثة ، وأقر واحــد منهم بابن رابع ، شاركه فى نصيبه هو ولم يشارك سائر الأبناء ، فيكون نصيب المقر بينه وبين المقر له ما لم يكن عــدد من أقر بينة قــد أثبتت النسب ، فإنه أن كان المقرون عــددا وكانوا عــدولا يتكون منهم نصاب الشهادة كان ذلك الإقرار شهادة أى حجة تامة تلزم الكافة وتثبت النسب ، وتجيء الوراثة تبعا لذلك ، وعلى ذلك يشارك الجميع ، وإذا كان المقر غير عــدل ، أو لم يتكون نصاب الشهادة ، وهو رجلان أو رجل وامرأتان ، فإن المقر له يشارك المقر فى استحقاقه دون سواه ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر دون غيره .

ويستخلص من هــذا أنه حيث كان الإقرار مثبتا للنسب يثبت الميراث ، ويلزم به الكل ولو كان المقر هو البعض ، ويكون ذلك إذا وجــد نصاب الشهادة وشرطها ، وهو العــدالة ، وإذا لم يكن الإقرار مثبتا للنسب فإن الميراث يثبت على الجميع إن كانوا مقرين . وعلى من أقر فقط ، إن كان بعضهم أقر .

٦٥ – (ب) والمرتبة الثانية من المستحقين للتركة من غير الورثة . الموصى لـه بأكثر من ثلث المـال فى الجزء الزائد : لأن ذلك الزائد إنما امتنع آخـذه لحق الورثة ، وليس ثمة ورثة فيستحق كل الموصى به . وذلك بإجماع الأئمـة الأربعة ، فلا خلاف بينهم فى أنه إذا لم يكن وارث تكون الوصية بأكثر من الثلث نافـذة إذ التقيد بالثلث إنمـا هو لحق الورثة . باتفاقهم أجمعين ، وموضع اختلافهم هـو فى الوصية بأكثر من الثلث عند وجـود الوارث . فالحنفيـة والحنـابلة قرروا أن الوصية تكون صحيحة . ويتوقف نفـاذها فى الجزء الزائد على الثلث على إجازة الورثة ، وبذلك أخـذ قانون الوصية . فلم يعتبر الوصية بأكثر من الثلث باطلة ، وإنما جعل للورثة إبطالها ؛ وقال الشـافعية وبعض المـالكية : إن الوصية بأكثر من الثلث عند وجـود الوارث باطلة فى الزائد عن الثلث ، فإن أجاز الورثة الزيادة تعتبر إجازتهم تبرعا مبتـدأ . ويستند إليهم التبرع ، ويشترط فيـه ما يشترط فى التبرعات المبتـدأة . ولا يعتبر إمضاء لعمل الموصى مضافا إليه ، على أنه صادر عنه .

ولقـد ذكر بعض فقهاء الحنفية أن الموصى لـه القـاتل يعقب الموصى لـه بأكثر من الثلث ، أى أنه إذا لم يكن موصى لـه بأكثر من الثلث . أو كان وأخـذ الزيادة وبقى بعـدها من التركة فضل مال . فإنه يكون للموصى لـه القـاتل هكذا نقـل صاحب السراجية عن بعض الفقهاء ، ولكنه رجـح أن الوصية للقاتل تكون غير صحيحة فى ذاتها ، كما هـو رواية عن أبى حنيفة .

والحق أن الرواية المشهورة عن أبى حنيفة ومحمد تقفها على إجازة الورثه . وعند أبى يوسف أنها تولد باطلة . ولكن الذى عليـه الفرضيون أن الموصى له إن قتـل الموصى ، وليس له ورثة لا يستحق شيئا . إما لأن الوصية متوقفة على إجازة الورثة ، فإن لم يكن ورثة فليس لهـا مجيز فتبطل . ككل تصرف موقوف ليس لـه مجيز . وليست كالوصية بأكثر من الثلث ، لأن الوصية بأكثر من الثلث صحيحة ، ولكن للورثة الاعتراض عليها وعـدم تنفيذها لحقهم . بخلاف الوصية للقاتل فإنها تكون من أول الأمر موقوفة على إجازتهم ، لأن لهم العفو عن القاتل باعتبارهم أولياء الدم ، فبالأولى لهم إجازة التصرف المـالى لـه ؛ وهـذا عند من يقول : أنها تتوقف على إجازتهم .

وإما لأن القتل يبطلها كما هـو رأى أبى يوسف ، وبذلك أخـذ قانون الوصية فليس للموصى له القاتل شىء من التركة ، بمقتضى هـذا القانون وبمقتضى مشهور أحكام الفقهاء فى المواريث .

٦٦ — (ج) والمرتبة الثالثة من المستحقين من غير الورثة — بيت المـال — وهو القسم الخاص بأموال الضوائع من أقسام بيت المـال — فالتركة تذهب إلى بيت المـال إذا لم يكن ورثة ، على أنها من الضوائع التى لا يعرف لهـا مالك ، لا على أن بيت المـال وارث ، وهـذا ما تفيده عبارة القانون بترتيبها للمستحقين وبصريح العبارة ، وقـد أخـذ هـذا الحكم من المذهب الحنفى ، فعبارة كتبه صريحة فى هـذا كما جاء فى أقسام بيوت المـال ، وكما جاء توزيع التركات . ولذلك يأخـذ تركة المسلم والذمى على سـواء من غير تفرقة ، ويصرف فى مصارف بيت مال الضوائع ، وإذا كان ميراثا ما أخـذ تركة أهل الذمة ، لأن بيت مال المسلمين ما فيه هـو لجماعة المسلمين فلو كان ما يأخـذه ميراثا ما ساغ لبيت المـال أن يأخـذه إذا وضع بيت المـال يده على التركة فهى استيلاء على مال ضائع ، فإذا أقام شخص الدليل على ملكيته له بأن أقام الدليل على أنه الوارث دون سواه ، لا يعـد المـال ضائعا ، بل يكون عليه تسليمه له ، ومثله فى ذلك مثل من التقط شيئا فعرف عنه ، ثم وجـد من ادعى ملكيته ، وأقام الأمارات المثبتة فإنه يجب عليه أن يسلمه له .

٦٧ — هـذا ، وقبل أن نترك الكلام فى المستحقين للتركة من غير الورثة — ننبه إلى أمور أربعة :

أحـدها — أن الموصى لـه بأكثر من الثلث وبيت المـال لا يشترط فيهمـا ما يشترط فى الورثة ، كالمقر لـه بالنسب من حيث اتحاد الدين ، لأن الوصية تصح مـع اختلاف الدين ، وبيت المـال كما هـو مقرر فى الفقه الحنفى وقانون الميراث لا يستحق بمقتضى كونه وارثا — بل باعتبار التركة من الضوائع .

ثانيها — أن إعطاء المقر لـه بنسب فيه تحميل النسب على غيره هـو رأى الحنفية والشافعية لا يعطونه ، لأنه إما أن يثبت النسب فيأخـذ بمقتضى قرابته ويثبت نسبه بحجة تامة تلزم الكافـة ، وإما ألا يثبت النسب بهـذا الإقرار ، والنسب هـو السبب الموجب للاستحقاق ، فإذا لم يتحقق ، فلا يوجـد السبب ، وحجـة الحنفية ما ذكرنا من أن اعطاءه ، إنمـا هـو لتنفيذ إرادة الميت ، لا للاستحقاق بالنسب الموجب للميراث إذا لم تكن وصية .

ثالثها — أن الفقهاء اختلفوا فى بيت المـال ، أيأخـذ بعـد أصحاب الفروض وقبـل الرد أم بعـد ذوى الأرحام ، ثم ما نوع استحقاقه أهو ميراث أم على أنه مال لا ملك له ، كما اختار القانون .

أما بالنسبة لمرتبة استحقاقه : فقد قال الحنفية والحنابلة وبعض المالكية أن مرتبته هى بعد ذوى الأرحام على خلاف الحنفية مع غيرهم بشأن المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره ، وقال الشافعيه أن بيت المال إذا كان القائم عليه عدلا يقدم على الرد . أى أنه لا رد على أصحاب الفروض . ولا ميراث لذوى الأرحام ، وإن كان القائم عليه غير عدل فإن المال يرد على أصحاب الفروض ، وسنبين ذلك فى موضعه . وذلك كله إذا لم تكن ثمة وصية وإلا فهى مقدمة عليه على ما بينا .

وأما الخلاف فى نوع استحقاق بيت المال : فالحنفية والحنابلة وبعض المالكية قالوا : إنه لا يعتبر وارثا . وإنما يأخذ التركة على أنها مال ضائع . كما بينا ، وبعض الشافعية يعتبرون ما أخذه بيت المال على أنه وارث . لأن جماعة المسلمين يستحقون فى مال من يموت من غير وارث . كما يعقلون عن جناية من لا عاقلة له ، فهذه الصلة الرابطة هى التى أوجبت الحق أوجبت الميراث . وقد بينا حجة الأولين فيما مضى : وما أخذ به القانون ، والاختلاف فى هذا المقام نظرى . أثره فى العمل قليل .

رابعها — أن المستأمن إذا لم يكن له وارث فى دار الإسلام : وكان له وارث فى دار الحرب ، لا يملك بيت المال ماله ، لأنه ليس مالا ضائعا . بل له مالك فى دار الحرب ، وله احترام : لأن من كان واضع اليد عليه لديه حرمة بعقد الأمان الذى عقده واستأمن به : فهو لا يحفظ لاحترام ملكية المقيمين بدار الحرب ، بل لاحترام الأمان الذى عقد . ولذلك إذا أوصى بكل ماله لشخص فى دار الإسلام أعطى ذلك الموصى له كل المال من غير نظر إلى حقوق الورثة ، لأن الأمان الذى عقده هو الذى أوجب صيانة ماله . وبموجب الأمان تنفذ إرادته فى ماله(٤٣) .

الوراثة وأسبابها وترتيبها

٦٨ — ذكرنا المستحقين للتركة من غير الورثة ، وهنا نذكر الورثة . وأسباب الوراثة عند جمهور الفقهاء ثلاثة : الزوجية ، والقرابة ، والولاء(٤٤)

---

(٤٣) راجع شرح السراجية وحاشيته ص ٥٨ .

(٤٤) الولاء صلة تربط الشخص بغيره . فتجعله فى بعض الاحكام كأقاربه . وهو ليس من اقاربه ، والولاء قسمان مختلفان . فرق بينهما سببه . ولاء العتاقة وولاء =

والأمران الأولان مجمع عليهما في الفقــه الإسلامى ، والأخير مختلف فيه بنوعيه وإن كان الاختلاف فى ولاء العتاقة يسيرا ، لأنه لم يخالف فيه إلا الإباضية(٤٥) وأما ولاء الموالاة ، فالجمهور على عــدم اعتباره سببا من أسباب التوريث لأن الإرث لا يكون بالاتفاق والحلف ؛ وإنما ذلك أمر جاهلى نسخه الإسلام ولم يعتبر ولاء الموالاة سببا من أسباب الإرث إلا الحنفية • وحجتهم قــوله تعــالى : « ولكل جعلنا موالى ممـــا ترك الوالدان والأقربون والذين عقدت أيمانكم » فإن هــذا الكلم المحكم يفيد أن العقــد يوجب الميراث كالقرابة ؛ والعمــل الآن على رأى جمهور الفقهاء الذين قرروا أن ولاء الموالاة ليس سببا من أسباب التوريث . لأن قانون الميراث لم يذكره بين الورثة • ولا بين الذين يستحقون التركة أو بعضها من غير الورثة •

=

الموالاة . فولاء العتاقة صلة الشخص وعصبته بعبد أعتقه ؛ فإن تلك الصلة تسمى ولاء العتاقة ، اى الولاء الذى سببه العتق ، وهــذه الصــلة من آثارها ان المعتــق وعصبته الذكور يرثون المعتق إذا لم نكن له وارث آخر بمقتضى قانون الإرث ، وكانت مرتبتهم قبل القانون انهم يرثون بعــد العصبة النسبية ، وقبل الرد وذوى الأرحام ، وذلك عند جمهور الفقهاء .

وولاء الموالاة عقد بين عربى واعجمى اسلم ، على ان يعقل العربى عن الأعجمى إذا جنى ، اى يدفع الدية . ويرثه إذا مات من غير وارث مطلقا ، وقــد اشترط الحنفية للتوريث بمقتضى هــذا العقد . ان يكون العاقــدان لهما ولاية العقد بأن يكون كلاهما بالغا عاقلا حرا لأنه عقــد يشترط له ما يشترط للعقود النافــذة ، كما يشترط فى المولى الا يكون عربيا . ولا عتيقا لعربى لأن ولاءه يكون له ، ويرثه عند الحنفية وليه العربى ، ويشترط الا يكون له اقارب مستحقون لميراثه كله ، فإن كانوا مستحقين بعضه كأحــد الزوجين عند الحنفية فإن الباقى يكون للمولى العربى اى المولى الأعلى ، ثم لعصبته بأنفسهم من بعــده كمولى الموالاة .

(٤٥) الإباضية فرقة من فرق الخوارج ، وهى فرقة معتدلة ، ولذلك بقى ناس منها إلى اليوم . وقــد قالوا ان الميراث لا يثبت بولاء العتاقة لانه لا قرابة بينه وبين المعتق ، ولا دليل صح فى نظرهم يوجب الوراثة ، والميراث عندهم للزوجين وذوى القرابة ، فإن لم يكن له قرابة قط ورثه اهل جنسه من المسلمين ، فإن كان عربيــا ورثه العرب . وإن كان فارسيا استحق منه الفرس ، وإن كان مصريا استحق ماله المصريون ، وإن كان له معتق من جنسه استحق ماله بسبب الجنسية التى قــواها إعتاقه له . فإذا كان المعتق زنجيا والعتيق مثله ولا وارث له من قرابته فإنه يستحق وحــده الميراث . ويشترط لوراثة الجنس الا تكون زوجية ولا قرابة ولا وصية ، ولقد قال من الإباضية مقالة الجمهور ابو صالح الدهان ، نجعل للمعتق حقا بعــد الوصية كجمهور الفقهــاء .

وإنمــا كانت تلك الأمور الثلاثة هى أسباب الوراثة . لأن الوراثة خلافة عن الميت . كما هــو مقرر شرعا ، وهــذه الخلافة إنما تكون لمن تعتبر حياته امتدادا لحياته ، ولمن كان يؤثره بالمودة فى القربى - ولمن كان يشركهم فى حياتهم ويشاركونه فى حياته ، وأولئك هم قرابته الأدنون : ومن يليهم وزوجــه ، ومن أجرى الله سبحانه وتعالى على يديه نعمــةالحرية لــه . وهــو مولاه الذى أعتقه وقرابته : فإذا لم تكن له تلك القرابة القريبة أو البعيدة ، فلمن أراد أن يكون مالــه لــه ، إما لفضــل إيثاره بمعــاونة عاونه غيهــا أو لصــدقة يبتغى بهــا وجــه الله - فإن لم يكن من أراد أن يخلفــه فى مالــه خلفــه فى ماله جماعته التى استظل بظلها ؛ والتى يعتبر وجودها حياة له ؛ وهم أهل دينه وملتــه ؛ ولذلك كان بيت مال المسلمين وارث من لا وارث لــه عند من يقول أنه يأخــذه باعتباره وارثا ، وقــد قلنــا أنه لا يأخــذ بهــذا الاعتبار عند أكثر الفقهاء . وهــو الذى اختاره قانون الميراث .

٦٩ ــ والشارع وإن كان قــد اعتبر الزوجية والقرابة والولاء أسبابا للتوريث لم يجعلها رتبة واحــدة بل جعل القرابة مراتب مختلفة . واعتبر الولاء فى ضمنها ، وأقربها مقــدم على غيره : ويعتبر له حاجبا بسبب تقــدم مرتبة من يليــه ، وهــكذا .

كما لم يجعل الشارع الإسلامى نظــام التوريث واحــدا . بل جعله على قسمين : أحــدهما توريث بالفرض وتقــدير ، ويستحقه الذين لهم أنصبة مقدرة بالنصف أو الثلثين أو الثلث أو السدس أو الربع أو الثمن ، وأولئك اثنا عشر وهم الأب . والأم ، والزوجان ، والإخوة ، والأخوات لأم ، والأخوات الشقيقات والأخــوات لأب ، والبنات ، وبنات الابن ، والجــد الصحيح ، وهــو الذى لا يتوســط بينه وبين الميت أنثى ، والجــدة الصحيحة ، وهى التى لا يتوســط بينها وبين الميت جــد غير صحيح كأم الأم ، وأم الأب ، وهؤلاء يسمون أصحاب الفروض ، لأن أنصبتهم مفروضة مقــدرة .

والقسم الثانى : ميراث غير مقــدر بتقــدير الشارع بالنصف أو الثلث أو الثلثين أو السدس أو الربع أو الثمن ، بل تقــديره نسبى وهو أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، وينفرد الواحد فيه بالاستحقاق أحيانا ، وهذا يكون فى أمرين :

أولهما ــ ميراث العصبات ، وهم الأقارب الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت

أنثى إذا كانوا ذكوراً أو إناثاً كن ذوات فرض ، ولم يأخذن فرضهن لوجود ذكر عصبة كان فى طبقتهن أو فى حكم من يكون فى طبقتهن فعصبهن ، أو قمن مقام الذكر بدليل من أدلة الشرع . وهذا هو الوراثة بالتعصيب النسبى .

والأمر الثانى — هو توريث ذوى الأرحام وهم الأقارب الذين ليسوا عصبة ولا من ذوى الفروض كالعمات والأخوال وبنات الأخ وأبناء الأخ . فإن ميراثهم كميراث العصبات ، إن لم يكن من هو أولى منهم من العصبات والأقارب أصحاب الفروض .

٧٠ — هذان هما الطريقان الأصليان للتوريث : إما فرض مقسوم ، وإما أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهناك طريق ثالث وهو طريق إضافى تبعى . وليس بأصلى ، وهو طريق الرد ، وذلك يكون إذا كان هناك أصحاب فروض ، وليس هناك عصبة . وأصحاب الفروض لا تستغرق أنصبتهم المقدرة التركة كلها ، أى أن الكسور المقدرة لا تكمل واحداً صحيحاً كأن يكون هناك أم ، وأخت شقيقة : فإن الأم تأخذ الثلث والأخت تأخذ النصف ، فلا يكمل الواحد الصحيح . بل يبقى منه وهو السدس ، فإنه فى هذه الحال يرد على أصحاب الفروض بنسبة سهامهم ، فيرد على الأم والأخت بنسبة اثنين إلى ثلاثة .

وأصحاب الفروض ليسوا سواء فى الرد ، فالزوجان من أصحاب الفروض لا يرد على أحدهما إلا إذا لم يكن هناك صاحب فرض آخر ، ولم يكن أحد من ذوى الأرحام ، أما غير الزوجين ، فيرد عليه إذا لم تكمل الأنصبة الواحد الصحيح . ولم يكن عصبة يأخذ الباقى ، فالرد على الزوجين مقدم على ذوى الأرحام ، والرد على أحد الزوجين مؤخر عن ذوى الأرحام ، ولذلك بيان بالتفصيل فى موضعه من الدراسة .

٧١ — والآن نجمل طريقة توزيع التركة بين الورثة ومن يليهم من غير الورثة الذين ذكرناهم :

أولا — يعطى أصحاب الفروض فروضهم المقدرة .

ثانيا — ما بقى من أصحاب الفروض يكون لأقرب العصبات وأولاهم للذكر مثل حظ الأنثيين .

ثالثا — إذا لم يكن عصبة ولم تستغرق أنصبة أصحاب الفروض التركة يرد على أصحاب الفروض غير الزوجين •

رابعا — ذوو الأرحام على ترتيب درجاتهم ، وذلك إذا لم يكن أصحاب فروض ولا عصبة من الأقارب ، فإن كان أحد الزوجين استحقوا ما بقى بعد أخذ فرضه ؛ وما يكون لذوى الأرحام يأخذه أولاهم به . للذكر مثل حظ الأنثيين •

خامسا — إذا لم يكن أحد من أصحاب الفروض الأقارب ؛ ولا أحد من ذوى الأرحام ، وكان أحد الزوجين فإنه فى هذه الحال يرد على أحد الزوجين باقى التركة •

سادسا — إذا لم يكن للميت أحد من أقاربه ؛ ولم يترك من بعده أحد الزوجين ، وكان عتيقا ، فإن ميراثه يكون لمعتقه ؛ فإن كان معتقه قد مات فإن ميراثه يكون لعصبة معتقه من الذكور فقط الأقرب فالأقرب ويسمى هذا التوريث بولاء العتاقة أو العصبية السببية •

وهذا الترتيب هو ترتيب قانون الميراث • وهو يخالف ترتيب الفقهاء وما كان معمولا به من قبل ، وسنبين ذلك وسند القانون فى موضعه من دراستنا إن شاء الله تعالى •

وهذا كله هو الترتيب بين الورثة : فإن لم يكن أحد من هؤلاء على قيد الحياة انتقل استحقاق التركة إلى غير الورثة • وهم الثلاثة الذين ذكرناهم آنفا ، وهذا ترتيبهم بالنسبة لغيرهم •

سابعا — المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره بالشروط التى ذكرناها •

ثامنا — الموصى له بأكثر من الثلث بالنسبة للزيادة أى أنه يأخذ الجزء الزائد •

تاسعا — بيت المال باعتباره مالكا لكل مال لا مالك له •

شروط التوريث

٧٢ — ذكرنا أن القرابة الزوجية والولاء أسباب للميراث ، ولكن السبب لا ينتج عنه أثره إلا إذا تحققت شروطه وانتفت موانعه . ولذلك لابد لتحقيق الإرث بالأسباب السابقة من شروط ، وفى ضمن بيانها نتبين موانع الإرث •

وشروط ثبـوت الإرث ثلاثة :

أولها ـ موت المورث حقيقة ، أو حكما ؛ وموته حقيقة معروف ، وموته حكما يكون بحكم القاضي بموته . وذلك فى حال المفقود الذى لا تعلم حيـاته ولا موته ويغلب على ظن القاضى موته بامارات تدل على ذلك . وإن لم تكن قاطعة . أو تصلح حجة فى الإثبات أو بموت أقرانه(٤٦) .

ثانيها ـ تحقق حياة الوارث بعـد المورث ، فإن لم تتحقق تلك الحياة على وجـه اليقين بعـد وفاة المورث لا يرث . وتتحقق تلك الحياة فى الحمل بولادته كله حيا فى المواقيت التى حـددها القانون على ما سنبين فى باب توريث الحمـــل(٤٧) .

ويترتب على ذلك الشرط أمران :

أولهما ـ أن المفقود لا يرث من يموت ممن تقـوم بينه وبينه أسباب الوراثة إذا مات بعـد فقـده ، وقبل الحكم بموته إذا حكم ؛ لأن حياة المفقود فى ذلك الوقت غير محققة . نعم إنهـا مفروضة بمقتضى الأصل ؛ لأنه ترك أهله حيا ، فتكون الحياة هى الأصل ولكنها حياة غير محققة ، وإن كانت مفروضة .

ثانيهما ـ أن من يموتون فى وقت واحـد ، أو لا يعلم السابق بالموت منهم ، ولم يقم دليل على ذلك لا توارث بينهم . وذلك كالغرقى والهـدمى والحرقى ، أى الذين يموتون غرقا ، أو يموتون بانهيار بناء عليهم ، أو يحرقون ، فـإذا مات أب وابنه فى حريق فلا توارث بينهما ؛ وميراثهمـا معـا لورثتهما ، كل لورثته ؛ وإذا غرق زوجان ولا يعلم أيهما سبق إليـه الموت ، فلا توارث بينهما ، وميراث كل واحـد منهما لورثته ، وإذا انهار منزل على أسرة بينها أسـباب التوريث فلا توارث بينهم .

وهـذا الحكم يعم من ماتوا فى حادث واحـد ، أو ماتوا فى حوادث متعددة إذا لم يعلم السابق . فحيث لا يعلم السابق ، ولا دليل على تحقق حياة الوارث

---

(٤٦) بينت هـذا الشرط المـادة رقم ـ ١ ـ ونصها : « يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتا بحكم القاضى » .

(٤٧) بينت هـذا الشرط المـادة رقم ـ ٢ ـ ونصـها : « يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتا » .

بعـد وفاة المورث فإنه لا توارث ، لأن العلة فى منع التوارث هى عـدم تحقق حياة الوارث بعـد وفاة المورث . وحيث ثبتت العلة ثبت المنع[٤٨] .

٧٣ ــ الشرط الثالث : ألا يوجـد مانع من موانع الإرث ، لأن السبب لا يعمل عمله إلا إذا تحقق شرطه ، وانتفى ما يمنعه . وموانع الإرث التى ذكرها القانون ثلاثة :

أولها ــ القتل العـدوان المقصود . سواء كان القاتل فاعلا أصليا منفردا ، أم كان شريكا . أم كان متسببا ، ولو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعـدام ونفـذ ، ويدخل فى القتل بالمشاركة الدال والمحرض . والربيئة وهو من يراقب المكان فى أثناء مباشرة القتل .

ويشترط فى القتل المـانع من الميراث (١) أن يكون القتل اعتداء مقصودا كما نوهنا . فإذا كان قصاصا أو لإقامة حـد أو غير ذلك من أنواع القتل العادل فإنه لا يكون مانعا من موانع الميراث ، لأن المنع عقوبة ، والعقوبة لا تكون فى فعل مباح (٢) وأن يكون القاتل من أهل المسئولية الجنائية . فإذا كان صغيرا لم يبلغ الخامسة عشرة او كان مجنونا أو معتوها . أو كان فى حـال غيبـوبة ناشئة عن عقاقير أيا كان نوعها إذا أخـذها مضطرا إليها أو عن غير علم بها فلا يمنع (٣) وألا يكون القتـل فى حالة الدفاع الشرعى عن النفس أو المـال (٤) وألا يكون معـذورا فى هـذا القتل ، ويعتبر معـذورا إذا فاجأ زوجته فى حال زنى فقتلها هى والزانى ، وإذا كان القتل نتيجة تجاوز حد الدفاع الشرعى ، بأن كان يمكنه أن يدفع عن نفسه بمـا دون القتل ، ولكنـه تجاوز الحـد[٤٩] .

---

(٤٨) بينت حكم هـذه الحال المـادة رقم ــ ٣ ــ ونصها : « إذا مات اثنان ولم يعلم ايهما مات أولا فلا استحقاق لأحـدهما فى تركة الآخر ، سواء اكان موتهما فى حادث واحـد أم لا » .

(٤٩) احكام القتـل المـانع من الميراث هى ما اشتملت عليـه المـادة الخامسة من القانون ونصها :

« من موانع الإرث قتل المورث عمدا » ، سواء اكان القاتل فاعلا اصليا ، أم شريكا ، أم كان شاهد زور ادت شهادته إلى الحكم بالإعـدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ولا عـذر ، وكان القاتل عاقلا بالغـا من العمر خمس عشرة سنة ، ويعـد من الاعـذار تجاوز حق الدفاع الشرعى » .

٧٤ ـ المانع الثانى من موانع الميراث اختلاف الدين ، وذلك خاص بميراث المسلمين ، فالمسلم لا يرث غير المسلم ، وغير المسلم لا يرث المسلم ، فإذا كان مسلم قد تزوج مسيحية أو يهودية ، ومات أحدهما فلا توارث بينهما • فلا يرثها إذا ماتت ، ولا ترثه إذا مات قبلها ، ولكن لكل واحد منهما أن يوصى لصاحبه وتنفذ الوصية من غير حاجة إلى أجازة الورثة إذا كانت لا تزيد على الثلث على ما هو مبين فى أحكام الوصايا ، وذلك لأن الوصايا لا يشترط فيها اتحاد الدين ، فالمسلم أن يوصى لغير المسلم ، وتصح وصية غير المسلم للمسلم •

هذا بالنسبة للمسلمين مع غيرهم ، أما غير المسلمين فإنهم يتوارثون ، وإن اختلفت دياناتهم ، فالمسيحى يرث اليهودى ، واليهودى يرث المسيحى ، وهكذا(٥٠) •

٧٥ ـ والمانع الثالث هو اختلاف الدارين ، واختلاف الدارين لا يمنع التوارث بين المسلمين ، ولا بين رعايا الدول الإسلامية ، ولو كانوا غير مسلمين فالمسلم يرث المسلم ، ولو كان أحدهما تحت سلطان دوله غير إسلامية ، لأن الولاية الإسلامية تعم المسلمين جميعا بحكم الإسلام ، ولو كانوا تحت ظلال دوله أخرى ، والمسلمون جميعا مهما تختلف دولهم وتتباين أصقاعهم يعدون دولة واحدة ، وعلى ذلك لو كان مسيحى تحت سلطان دولة إسلامية ومات مسيحى آخر تحت سلطان دولة إسلامية أخرى فانهما يتوارثان ، ولا عبرة باختلاف الملك والحوزة ما دامت الدولتان من الإسلام •

وإنما يعد اختلاف الدار مانعا من الميراث إذا كان التوارث بين غير مسلمين وكان أحدهما تحت ظل دولة غير إسلامية ، فإذا مات مسيحى فى مصر وله ورثة فى إنجلترا أو أمريكا ، فإنهم لا يرثونه لاختلاف الدار ، ولكن القانون قيد اختلاف الدار فى جعله مانعا من موانع الإرث بقيد عادل ، وهو أن تكون شريعة الدولة الأجنبية تمنع توريث الأجنبى عنها ، فإذا كانت شريعة تلك الدولة لا تمنع توريث الأجنبى عنها ، فإن اختلاف الدار لا يعتبر مانعا ، وعلى ذلك إذا مات يهودى فى مصر ، وله ورثة ينتمون إلى دولة أجنبية لا تمنع شريعتها ميراث الأجنبى فإن هؤلاء الورثة يرثون مورثهم المصرى •

(٥٠) بينت أحكام اختلاف الدين واختلاف الدار المادة رقم ٦ ونصها :
« لا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض ، واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ، ولا يمنع بين غير المسلمين ، إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبى عنها » •

٧٦ ــ ما تقــدم من الكلام فى شروط التوريث وموانعه هو شرح وتلخيص لمــا جاء به قانون الميراث ؛ ولكى يكون الباحث على بينــة لابد من تفصــيل لأقــوال الفقهاء ؛ فإن ذلك بيان للمصــدر الذى أخــذ عنه القانون : إذ يبين ما أخــذه وما ترك فيكون المطبق له على علم بمــا يرجع إليه من أقوال الفقهاء وما يدع ، ولنتكلم فى هــذه الأمور .

٧٧ ــ موت المورث وحيــاة الوارث :

اتفق الفقهاء على هاتين الحقيقتين وهما :

١ ــ أن موت المورث وحياة الوارث بعــد الموت أو وقت الموت على الأقل هى الأساس للميراث . لأن الميراث خلافة حى لميت فى ماله .

٢ ــ وأن الموت الحكمى الذى يكون بحكم القاضى كالموت الحقيقى فى الميراث ويكون ذلك فى حال المفقود إذا حكم القاضى بموته ، بناء على أمور أوجبت أن يظن موته ، ولا يحكم بموته قبل ذلك ، إلا إذا ثبت بدليل لا شــبهة فيــه ولا يكون حينئذ مفقودا[٥١] .

قــد أتفق الفقهاء على هاتين الحقيقتين ، وأعتبروا الحمل حيا إذا ولدته أمه حيا وثبت أنها كانت حاملا به وقت وفاة المتوفى ، لأن ولادته حيا دليــل

---

(٥١) عند نظر قانون الميراث بمجلس النواب وجــدت فكرة لدى فريق من اعضاء لجنته الشريعية كان من رأيه جواز إسناد الوفاة إلى تاريخ سابق على الحكم إن وجــد القاضى بين يديه ما يبرر ذلك ، وفى هــذه الحال لا تكون الوفاة من تاريخ الحكم ، بل تكون الوفاة من التاريخ الذى أسنده الحكم إليه ، وإن ذلك يترك إلى تقدير القاضى الشرعى الذى يترك لتقــديره ما هــو أخطر من ذلك ؛ ولكن لم يؤخــذ بذلك الرأى فى اللجنة ولا فى المجلس .

والحق أن حكم القاضى بوفاة المفقود الذى لا تعلم حياته أو موته هو إنهاء لحال قــد طال أمدها ، ولم يعرف الأمر فيها فجعل للقاضى الحق فى الحكم بالوفاة عند غلبة ظن الوفاة مقيدا بقيود تجعل الوفاة احتمالا قريبا ، والحكم وحــده هو الذى يجعل لهــذا الاحتمال قــوة تسير عليها الأحكام ، وعلى ذلك لا يصح أن تسند الوفاة إلى ما قبله ، أما إذا قام على الوفاة دليل يصلح لإثبات الوفاة فى زمن معلوم ، فإنه فى هــذه الحال لا يكون مفقودا وتثبت الوفاة من الوقت الذى يبينه الدليل ؛ لا بالمظان والأمارات لزوال معنى الفقد .

على سريان الحياة وقت الوفاة ، فإن ولدته ميتا على ما هـو مبين فى باب الحمل لم يعتبر حيا وقت وفاة المتوفى ، لأن الميراث شرطه الولادة حيا ، لكى يعتبر كائنا منفصلا عن أمه وهى حامل به ، فإذا ولدته ميتا لم يتحقق شرط الميراث ، فلا ينظر فى وقت وفاة المورث إلا على أنه كان جزءا من أمه ، ولذلك بيـان عند الكلام فى ميراث الحمل .

هـذا كله موضع اتفاق بين الفقهاء ، وقـد اختلفوا :

(١) فى المفقود أيعتبر حيا قبل الحكم ، حتى يرث ممن يموت قبـل الحكم بموته هو ، أم لا يرث ممن يموت فى هـذه الفترة .

(٢) واختلفوا فى الجنين إذا سقط بجناية ، أيعتبر حيا وقت وفاة المورث فيرث أم يسرى اعتباره جزءا من أمه ، فلا يرث .

(٣) واختلفوا فيمن يموتون من غير أن يعلم السابق منهما ألا يتوارثون ، كما بينا فى حكم القانون . أم يتوارثون . وكيف يكون التوارث ؟

(٤) واختلفوا فى المرتد أيعتبر ميتا حكما أم لا يعتبر ، ومن أى وقت يعتبر وتورث أمواله .

هـذه مسائل مختلف فيها ، قـد بينا ما اختاره قانون الميراث فى بعضها ، ونبين أقوال الفقهاء الذين كان الاختيار من أقوالهم .

٧٨ — أما المسألة الأولى : وهى مسألة المفقود الذى حكم بموته ، فإن الحنفية والمـالكية يرون أن الموت يكون من وقت حكم القاضى ، ولكن حيـاته قبل ذلك لا تثبت له حقوقا لم تكن ، فلا يرث فيمن يموت وقتهـا ، لأن حكم القاضى هـو السبب ، فسرى من وقتـه ، وحياته قبل ذلك ثابتـة بمقتضى استصحاب الحال واستصحاب الحال يصلح حجـة لبقـاء الحقوق الثابتة ، ولا يصلح حجـة لإثبات حقوق غير ثابتة ، وقال الحنابلة والشافعية أن المفقـود يرث من يموت فى حال فقـده ، وقبـل الحكم بمـوته ، وذلك لأن حياته قـد فرضت قائمـة ثابتة ، وما دامت مفروضة فإنه يثبت لـه كل الحقوق التى توجبهـا الحيـاة .

وأصـل الخلاف فى هـذه المسألة هـو الخلاف فى استصحاب الحال ،

فالحنفية يقصرونه على إبقاء الحقوق الثابتة . ولا يأتى بحقوق لم تكن ثابتة فهو يمنع انتقال ملكية المفقود إلى ورثته . ولكن لا يثبت ملكيه المفقود فى مال غيره . أما الحنابلة والشافعية فيقولون : إن استصحاب الحال يثبت الحقوق كلها من غير تفرقة .

٧٩ — وأما المسألة الثانية : وهى مسألة الجنين الذى يسقط بجناية . فإنه إن سقط حيا فقد استوفى أسباب شروط التوريث . كما ذكرنا لأنه فى هذه الحال قد تحقق الشرط ، إذ أنه بولادته حيا يثبت أنه كان حيا فى بطن أمه . ولا يعتبر جزءا منها ، أما إذا نزل ميتا فكان مقتضى القواعد التى أشرنا إليها ألا يرث ، لأن نزوله ميتا يرجح اعتبار كونه جزءا من أمه فلا يرث . ولكن نزوله بجناية جعل المسألة تأخذ حكما آخر . لأن الجناية أوجبت عقوبة مالية تسمى غرة ، وهى تساوى نصف عشر الدية . وقد اتفق الفقهاء على وجوبها . ولكنهم اختلفوا فيمن يأخذها . فرأى الحنفية أنها تكون للجنين . وتورث عنه كما يورث عنه كل ما كان يملكه ، وعلى ذلك يفرض حيا مالكا . إذ تملك عنه . وعلى ذلك يكون الواجب فرض أنه كان حيا وقت وفاة المورث تنسيقا للأحكام إذ لا يصح أن يفرض له أمران متناقضان : فيفرض أنه حى مستقل منفصل . ولذلك يملك عنه . إذ ملك الغرة . وملكت عنه بالميراث ، ويفرض انه جزء من الأم لا يملك الميراث : وبهذا المنطق أخذ الحنفيه . فاعتبروه حيا من وقت الوفاة ، وتصير الأحكام على نسق واحد عندهم ، وكان ذلك هو المعمول به من قبل قانون الميراث .

والأئمة مالك والشافعى وأحمد رأوا أن الغرة تكون للجنين ، وتورث عنه ، ولكنهم قرروا أنه لا يورث عنه سواها ، ولا يرث شيئا مطلقا : وبذلك قصروا الحكم على موضعه . فجعلوا استحقاقه للملك مقصورا على الغرة لا يتجاوزها ، ولم يعمموا القياس ، كما عمم أبو حنيفة وأصحابه .

وقال ربيعة بن عبد الرحمن ، والليث بن سعد أنه لا يملك الغرة ، وإنما تملكها أمه ، إذ الجناية على جزء منها ، فالجناية على سنها أو أصبعها فالجريمة عليها وحدها ، والجزء لها وحدها .

وقال ابن هرمز من شيوخ الإمام مالك رضى الله عنهما إنما يملك الغرة أبوه وأمه إن كانا على قيد الحياة ، وتكون بينهما للرجل ضعف الأم ، وإن

كانت الأم وحـــدها هي التي على قيد الحياة فهي لهـا ، وقــد نظر في هـــذا إلى أن الولد ثمرة الأبوين . بل إنه منسوب لأبيه : فكانت الجريمة واقعــة عليهما إن كان الأب موجودا ، وعلى الأم وحــدها . إن كانت هي الموجودة ، وإذا كانت الجناية عليهما فالتعويض يكون لهما •

والقانون الميراث قــد خالف المذهب الحنفي ، ولم يعتبر الجنين الســـاقط بجنايه إذا نزل ميتا مستحقا للميراث ، بل اعتبر الشرط تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث ، ولا ميراث للحمل إلا إذا ولد حيا •

وعلى ذلك لا يكون في القانون حياة تقــديرية قط ، إنما المذهب الحنفي هــو الذي يقرر ان الحياة تكون تقــديرية ، كحياة الجنين الذى انزل من بطن امــه بجنـــاية •

٨٠ — والمسألة الثالثة : هي مسألة الغرقى والهــدمى والحرقى ، وغيرهم ممن يموتون . ولا يعرف ايهم السابق ، وبينهم أسباب توارث . فالحنفية يرون ان اولئك لا توارث بينهم ، إنما ميراثهم لغيرهم من الأحياء فكل واحـــد منهم يرثه ورثته الأحياء ، وبذلك أخذ القانون ، وهو أيضا مذهب المالكية والشافعيه •

وحجة هـــذا الراى ان اساس الخلافة بالتوريث هو حياة الوارث بعــد الموت فإذا تحققت تلك الحياة عند الوفاة ، فقــد تحققت الخلافة فيثبت الملك بها . وإن لم تتحقق الحياة لا تتحقق الخلافة : فلا يثبت الملك بهـــا . وحيث لا دليل على سبق احـــدهما بالموت . فلا دليل على الخلافة ، وبالتالى لا دليل على التوريث . فلا يثبت الميراث ، وعلى ذلك يكفى على مقتضى رأى هؤلاء الائمة الا يعلم ايهما مات أولا •

٨١ — وهناك رأيان آخران (أحدهما) رأى ابن ابى ليلى قاضى الكوفة المعاصر لابى حنيفه وخلاصته أن كل واحـــد من الوارثين اللذين لم يعلم أيهما مات اولا يرث من صاحبه مع ورثته على أن يرث منه في ماله الثابت لـــه ، ولا يضاف إليـــه ما استحقه من ميراث فيـــه هـــو ، ولنضرب لذلك مثلا : زوجان ماتا في غرق ، أو حريق ، أو تهــدم ، ولا يعلم من مات منهما أولا • وترك الزوج ١٢٠ ف والزوجة ١٢٠ ف ، ومات الزوج عن أب وأم ، وماتت الزوجه عن اخ واخت فإنه في هـــذه الحالة تقسم تركة كل واحـــد قسمتين • قسمة لمـــا ترك كل واحـــد وقسمة أخرى للمقـــدار الذى استحقه في صاحبه ، فالقسمة الأولى

يدخل فيها المتوفى ، والقسمة الثانية لا يدخل فيها إلا الأحياء . ولنطبق ذلك على المثـــل .

فأولا : يقسم ميراث الزوج بين أبيه وأمه وزوجــه المتوفاة فيخص الاب ستون فــدانا ، ويخص الأم ثلاثون ، والزوجة ثلاثون ، وميراث الزوجة يقسم بين أخيها وأختها وزوجها . فيخص الزوج النصف وهـــو ستون فـدانا ، ويخص الأخ أربعـــون ، والاخت عشرون .

وثانيا : يقسم ما خص الزوج من زوجته ، وهـــو ستون بين ابيه وامه وما خص الزوجة من زوجها وهـــو ثلاثون بين اخيها وأختها .

وبهـــذا الرأى أفتى على بن ابى طالب رضى الله عنه . وحجته ان سبب التوارث قـــد تحقق ــ وهو القرابة الموجبة له . وحياة كل واحـــد منهما بعـــد صاحبه ليست منفية بيقين . ونفيها هـــو المـــانع من الميراث . وحيث تحقق السبب ولم يتحقق المـــانع ثبت التوارث . ولكن لا يرث كل واحـــد غير ما ورثه منه الآخر ، لأن وراثته من صاحبه تقتضى فرض حياته بعـــد موته . فلو سوغنا أن يرث منه ما ورثه الآخر فيه لكان ذلك متناقضا لفرض ميراثه منه . فيفرض فى حال واحـــدة فرضان متناقضان . وبيان ذلك أننـــا عندما نورث الزوجة من زوجها كما فى المثال السابق نفرض وجوده من بعـــد وفاته لتتحقق الخلافة . فلو قررنا أن يرث منها ما ورثته هى منه عند التقسيم الأول لترتب على ذلك معنى ذلك أنه يرث ماله أولا . ولكان معنى ذلك من جهـــة اخرى انا فرضنا فى حال واحـــدة حياتها وموتها فى وقت واحـــد وفرض واحـــد . إذ انها لا ترث منها إلا إذا كان قـــد انتقل إلى غيرها وهو زوجها بموتها ، فكاننا فى حال فرض حياتها لا نفرض موتهـــا .

هـــذه وجهه نظر ابن أبى ليلى . وقـــد ردها الحنفيه بأن حياة الوارث بعـــد موت المورث يقينا شرط لعمل سبب الإرث ، وحيث لا يتحقق الشرط لا يعمل السبب، فليس عـــدم تحقيق التعاقب مانعا من موانع الإرث كالقتل ونحوه ، بل إن تحقق التعاقب هو شرط التوارث فلابد من وجوده يقينا .

وثانى الرأيين المخالفين للجمهور هـــو رأى الحنابلة ، وهـــو فى جملته كرأى ابن أبى ليلى ، ولكنهما يشترطان أن يحصل تداع بين ورثة كل من الذين ماتوا ، ولا يعلم السابق منهما بأن يدعى ورثة كل واحـــد أن مورثهم مات بعـــد موت

الآخر ، فإن تداعوا كذلك ، ولم يثبت أحـد الطرفين دعواه دون الآخر (لأنه إن أثبت دعواه دون الآخر ورث مورثه من الآخر بالاتفاق) فإنه فى هـذه يحلف كل منهما على نفى دعوى الآخر ، وبذلك تتهاتر الدعويان ، ويكون ميراث كل منهما لورثته الأحياء ، كما هو رأى الجمهور مطلقا ، أما إذا لم يحصل تداع فإن مذهب الحنابلة يكون كمذهب ابن أبى ليلى تماما •

٨٢ ـ هـذا ويجب أن نعلم أن الفقهاء قـد اتفقوا على أنهما إذا ماتا متعاقبين ، فإنه لا توارث بينهما •

هـذا ومن الطريف أن نذكر هنا مسألة تنبه إليها الفقهاء ، وهى إذا ما كان شخصان يتوارثان يقيمان فى بلدين يختلف مطلع الشمس فيهما ، لاختلافهما فى خطى الطول ، بأن كانت الشمس تشرق على بلد أحدهما قبل أن تشرق على بلد الآخر وماتا ، وذكرت الساعة والدقيقة والثانية التى مات فيها كل واحـد منهما حسب توقيت بلده ـ فإنه فى هـذه الحالة يرث صاحب المطلع المتأخر • ولذلك قال ابن عابدين : أفتى جمع بأنه لو مات أخوان فى يوم واحـد فى وقت زواله وأحـدهما فى المشرق ، والآخر فى المغرب ، ورث المغربى المشرقى لتقـدم موت المشرقى •

وذلك معقول وواقعى ، لأنه إن اتحـد الموت وقت الزوال فإنه فى المشرق يسبق وقت الزوال فى المغرب ، فيكون المشرقى قـد مات قبل المغربى فيرثه •

الاختـلاف فى موانـع الميراث

٨٣ ـ ذكرنا أن موانع الميراث ثلاثة : وهى القتل ، واختلاف الدين ، واختلاف الدار ، وهـذه الموانع هى التى جاء بها القانون ، وفى بعضها اختلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة ، وبعضها هـو رأى الجمهور ، وهنـاك رأى غيره ، وبعضها قـد اتفق على أنه مانع وهـو القتل ، ولكنهم جرى بينهم الاختلاف فى حقيقة القتل المـانع من التوارث ، وقبل أن نبين هـذا الخلاف نذكر مانعـا رابعا قـد اتفق الفقهاء عليه ، ولم يختلفوا فيه وهو الرق ، ولكن القانون لم يذكره ، لأن الرق قـد زال من الديار المصرية كلها ، فلم يعـد ثمة حاجة إلى ذكر شىء يتعلق به إلا ما بقى من آثاره ، وهـو الولاء •

ومما يلاحظ أن اللجنة التى وضعت أصول قانون الميراث قـد نصت على الرق باعتباره مانعاً من الميراث ، أى أن الرقيق لا يرث قريبه الحر إذا مات ،

ولكن رؤى عند وضع نصوص القانون النهائية قبل تقديمه لمجلس الأمة حذفه ولذا جاء في المذكرة التفسيرية ما نصه : « قدمت لجنة الأحوال الشخصية مشروع هذا القانون متضمنا النص على أن الرق مانع من موانع الإرث . وقد رؤى حذفه . لأن الرق غير موجود ، ومحظور . بل معاقب عليه منذ أكثر من ستين عاما ، فلم تعد ثمة فائدة عملية من إيجاد مثل هذا النص بين موانع الإرث » .

٨٤ — ولنتكلم في موطن الخلاف في الموانع الثلاثة الباقية : فأما اختلاف الدين فإنه يمنع توارث المسلم من غير المسلم . فلا يرث أحدهما الآخر مهما يكن بينهما من علاقة نسبية أو زوجية . وذلك هو قول الجمهور الأعظم من فقهاء الصحابة والتابعين ، والأئمة المجتهدين . ولكن خالف معاوية فيه برأى غريب فأجاز وراثة المسلم من غير المسلم . ومنع وراثة غير المسلم من المسلم . وقد أمر قضاته بأن يسيروا على ذلك . وكان هذا عجبا حتى لقد قال مسروق : ما وجدت في الإسلام أغرب من قضية قضاها معاوية وذكرها . ويروى أنه لما كتب إلى زياد بن أبيه والى العراق من قبله بذلك . وأمر هذا شريحا التابعى وقاضى الكوفة — أطاع ولكنه كان إذا قضى بذلك لم يقل إن هذا قضاء بحكم الله ورسوله . بل كان يقول هذا قضاء أمير المؤمنين ، ليحمله تبعة ذلك .

ولما ولى عادل الأمويين عمر بن عبد العزيز ألغى هذا وأمر القضاة أن يسيروا على ما عليه جماعة المسلمين من عهد الصحابة . وهو أنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم سواء أكان المورث هو المسلم أم كان المورث هو الذمى . لتكون المعاملة بالمساواة ، وعلى أساس من القسطاس المستقيم . وأما غير المسلمين فإن التوارث يجرى بينهم ، ولو اختلفت دياناتهم ، وهذا رأى الحنفية .

وقال بعض التابعين أن الاختلاف يمنع غير المسلمين التوارث ، كما يمنع التوارث بين المسلمين وغيرهم ، فلا يرث اليهودى النصرانى ، ولا يرث النصرانى اليهودى .

وفى مذهب مالك أن الملل التى تتفق فى عبادة واحدة تتوارث ، وإلا فلا توارث : فعباد الشمس يتوارثون فيما بينهم ، وعباد النار يتوارثون فيما بينهم ، ولا توارث بين عباد الشمس وعباد النيران — وقد علمت أن المعمول به هو الأول ، وهو المعقول .

٨٥ – القتل المانع من الميراث : أجمع الفقهاء من التابعين والأئمة المجتهدين(٥٢) على أن القاتل لا يرث لورود الأثر الصحيح بذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم « وليس للقاتل شيء » ولأن من تعجل شيئا قبل الأوان عوقب بالحرمان . ولأننا لو سوغنا أن يرث القاتل ، والقتل في ذاته جريمة ، لكانت الجريمة سببا لثبوت المال . وذلك لم يعهد في الشرع الإسلامى ، وذلك لأن الخلافة التى يثبتها الميراث سببها الموت ، والموت جاء على يد القاتل بجريمته . فإذا ساغ ميراثه فمعنى ذلك أن الجريمة كانت سببا لنعمة الميراث .

ومع اتفاق جمهور الفقهاء على أن القاتل لا يرث ، قد اختلفوا فى حقيقة القتل المانع من الميراث .

فالشافعى رضى الله عنه اعتبر كل قتل مانعا من الميراث ، سواء أكان القتل عمدا أم كان غير عمد . وسواء أكان عدوانا أم غير عدوان ، بل اعتبر القتل مانعا من الميراث ولو كان القاتل غير مكلف ، بأن كان مجنونا أو معتوها ، ولو كان القاتل قاضيا قضى بالإعدام بحق ، أو شاهدا شهد بالعدل فقضى بالإعدام بشهادته ، أو لو كان مزكيا للشهادة ، وسمعت على أساس تزكيته ، وكذلك الجلاد الذى ينفذ حكم الإعدام ، والأساس فى ذلك هو تحقق وصف القاتل . فإذا تحقق ذلك الوصف على أى اعتبار كان تحققه ، فإنه يكون الحرمان من الميراث ، لأن مناط الحرمان هو القتل من غير قيد أو وصف ، وكل هؤلاء يوصفون به .

وأحمد رضى الله عنه اعتبر القتل المانع من الميراث هو القتل الذى يوجب عقوبة مالية أو غير مالية ، فالقتل العمد العدوان يوجب القود ، فيوجب الحرمان من الميراث . والقتل الخطأ والقتل بالتسبب يوجبان الدية فيمنعان الميراث ، ولكن القتل دفاعا عن النفس لا عقاب فيه بالمال أو القود فلا يمنع الميراث ، فأحمد جعل المناط فى القتل الموجب للحرمان هو تقرير الشارع العقاب عليه ، فكل ما أوجب الشارع فيه عقابا سواء أكان مباشرا أم كان غير مباشر منع ، وذلك لأن سبب المنع هو الاعتداء بالقتل ، وأمارة الاعتداء

---

(٥٢) خالف من التابعين سعيد بن المسيب أحد الفقهاء السبعة بالمدينة ، وخالف الخوارج أيضا فلم يعتبروا القتل مانعا من الميراث ، وهم مردود عليهم بالحديث : « ليس للقاتل شيء » وبأن عمر منع ميراث القاتل ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة . وبالقياس الذى ذكرناه فى الأصل .

العقوبة ؛ فهى المقياس المادى لتبين عدم المشروعية الموجبة للحرمان . ولأن المانع من الميراث عقوبة ؛ والعقوبة لا تكون على ما أسقط عنه الشارع التكليف .

والمذهب الحنفى اعتبر القتل المانع من الميراث هو القتل المباشر بغير حق فلابد عنده من تحقق شرطين : المباشر . وأن يكون بغير حق . فالقتل العمد ؛ والقتل شبه العمد ؛ والقتل الخطأ(٥٣) والجارى مجرى الخطأ ؛ فإنه يمنع الميراث ؛ والشرط الثانى أن يكون ذلك بغير حق فإن كان بحق بأن كان قصاصا ، أو لأنه وجده يزنى بزوجه أو احد محارمه فإنه لا يمنع الميراث وعلى ذلك يكون هناك نوعان من القتل عند أبى حنيفة لا يمنعان الميراث .

(أحدهما) القتل غير المباشر كالقتل بالتسبب والتحريض . أو الشهادة أو غير ذلك من أنواع القتل التى لا تكون فيها مباشرة فى الفعل من الوارث(٥٤) .

(وثانيهما) القتل بحق أو الذى يكون القاتل فيه ساقط التبعة كقتل الصبى والمجنون والمعتوه ؛ ومن ذلك النوع كما نوهنا آنفا قتل الزوج زوجته . وقتل الرجل ذات رحم محرم منه إذ وجدها تزنى . فقد جاء فى ابن عابدين ما نصه : « وفى الحاوى للزاهدى إذا قتل الرجل امرأته أو ذات رحم من محارمه لأجل الزنى يرث منها خلافا للشافعى . يعنى مع تحقق الزنى ؛ أما بمجرد التهمة فلا ، كما يقع من فلاحى القرى ببلادنا » .

هذا هو المذهب الحنفى ، أما المذهب المالكى فأساسه أن القتل المانع من الميراث هو القتل العدوان المقصود من المكلف من غير عذر بأى طريق كان القتل بالمباشرة ، أو التسبب أو التحريض ، أو شهادة الزور ، أو الاشتراك ،

---

(٥٣) القتل العمد هو القتل بآلة من شأنها أن تقتل . والقتل شبه العمد هو القتل بآلة ليس من شأنها أن تقتل ؛ والقتل الخطأ قسمان : خطأ فى القصد . وهو أن يرى شبحا يظنه حيوانا فيتبين انه إنسان . وخطأ فى الفعل . وهو أن يرمى شيئا فينحرف عنه ويصيب إنسانا . والجارى مجرى الخطأ كان يقع على شخص فيقتله وهو ملحق الخطأ .

(٥٤) قد ضبط صاحب الدر المختار القتل المانع من الميراث عند الحنفية بأنه القتل الموجب للقود أو الكفارة مع الدية ، وذلك يكون فى القتل العمد . وشبه العمد . والقتل الخطأ ، والكفارة فى عتق رقبة . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين . وهذه الكفارة لا تكون على الصبى والمجنون والمعتوه . ولذلك لا يمنع الميراث مباشرتهما القتل .

ولو كان ربيئة وقف ليضلل الناس عن مكان القتل ، إن كانت استغاثة ، فالعبرة عند مالك بأمرين أحدهما القصد ، وثانيهما العدوان • وعلى ذلك إذا لم يكن قصد فلا حرمان من الميراث ، كالقتل خطأ ، وكذلك اذا كان القصد ناقصا بأن كان الشخص صغيرا أو مجنونا أو معتوها ، أو فى حالة غيبوبة ، وكذلك إذا كان القتل غير عدوان بأن كان بحق كالقتل قصاصا ، أو كان بعذر كالقتل عند مجاوزة حد الدفاع الشرعى ، وقتل الزوج زوجته مع من زنى بها إذا كانت مفاجأة بالزنى ونحو ذلك •

٨٦ — وترى أن الأئمة الأربعة اتفقوا على أن القتل مانع من الميراث ، ولكن اختلفوا فى نوع القتل ، فعمم الشافعى ، واعتبر كل قتل مانعا ، واعتبر أحمد القتل المانع هو القتل الموجب عقوبة على مكلف ، واعتبر أبو حنيفة المباشرة مع العقوبة ، واعتبر مالك قصد القتل مع العدوان والتكليف ، وبمذهب مالك أخذ القانون ، وقد جاء فى المذكرة التفسيرية فى هذا المقام ما نصه :

« خولف مذهب الحنفية ، وأخذ بمذهب مالك » فيما يأتى : (أ) فى القتل بالتسبب فصار القتل العمد مانعا من الميراث ، سواء أباشر القاتل القتل أم كان شريكا فيه • (ب) فى القتل الخطأ فلم يعتبره مانعا •

ويدخل فى القتل المباشر ، من أجهز على شخص بعد أن أنفذ فيه آخر مقتلا من مقاتله ، فإنهما يمنعان من ميراثه ، ويدخل فى القتل بالتسبب الآمر والدال والمحرض والمشارك والربيئة (وهو من يراقب المكان فى أثناء مباشرة القتل) وواضع السم ، وشاهد الزور(٥٥) الذى بنى على شهادته الحكم بالإعدام •

على أن القتل العمد لا يمنع فى كل الأحوال ، والأحوال التى لا يكون القتل فيها مانعا من الإرث هى الأحوال الآتية :

١ — القتل قصاصا أو حدا •

٢ — القتل فى حالة من حالات الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ، مما هو منصوص عليه فى المواد ٢٤٥ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ من قانون العقوبات •

---

(٥٥) يلاحظ أنه إذا كانت الشهادة بالحق لا يمنع ذلك خلافا للشافعى •

٣ ـ قتل الزوج زوجته والزانى بها عند مفاجأتهما حال الزنى (مادة ٢٣٨ عقوبات) .

٤ ـ تجاوز حد الدفاع الشرعى (مادة ٢٩١) عقوبات .

وقصد باشتراط كون القاتل عاقلا إخراج ما يأتى :

١ ـ الجنون والعاهة العقلية (مادة ٢٦٢) .

٢ ـ ارتكاب القاتل القتل وهو فى غيبوبة ناشئة عن عقاقير أيا كان نوعها إذا أخذها قهرا عنه ، أو على غير علم بها .

هذا ما جاء فى المذكرة التفسيرية خاصا ببيان ما اشتملت عليه المادة الخامسة المبينه للقتل المانع من الإرث ؛ ونرى أن المذكرة تصرح بأنها اعتبرت الأصل فيما خولف فيه المذهب الحنفى هو مذهب مالك ؛ وربطت ما بين القانون الخاص بالمواريث - وأحكام القتل التى يشتمل عليها قانون العقوبات المصرى ، فكانت تشير فى كل فقرة إلى ما يقابلها فى قانون العقوبات - وكأنها مستقاة منه .

ويلاحظ أنها اقتصرت فى القتل بعذر حال الزنى على زنى الزوجه إذا فاجأها مع الزانى حال وقوع الجريمة ، وهذا قبل أن يعمم مجلس الشيوخ نص المادة بحيث تشمل حال المحرم إذا قتل محرمه الزانية ؛ وأن المذهب الحنفى الذى كان معمولا به من قبل فى كل أحكام الميراث ، والذى ما زال معمولا به فيما لا نص عليه ، كان يعتبر من أحوال القتل الذى لا يؤثر فى الميراث قتل إحدى محارمه إذا تيقن أنها تزنى ، لأنه قتل بعذر .

والتفكير المستقيم يوجب ميراث القاتل فى هذه الحال ، بيد أنه قد كان نص المشروع غير شامل ذلك ، فاقترح بعض أعضاء اللجنة التشريعية بمجلس النواب عند نظر هذا القانون النص على هذه الحال ، ولكن غالبية اللجنة رفضت ذلك ، ثم لما عرض القانون على مجلس الشيوخ رأت لجنته التشريعية اعتبار القتل فى هذه الحال غير مانع من الإرث ؛ ولم يخالف فى ذلك إلا واحد من أعضائها ؛ فقد طلب بقاء المادة كما هى من غير زيادة ، ولقد صرحت

اللجنة بأن المصدر الأصلى للقانون هو مذهب أبى حنيفة[٥٦] ، وهذا يفيد أن القتل فى هذه الحال غير مانع من الميراث . وهذا هو الحق ، إذ هو قتل بعذر شرعى ، وتخصيص العذر بحال الزوجة تخصيص بغير سبب . وفوق ذلك إذا لم تكن المادة شاملة ، كما كانت . وهذا كان غير معقول . فإن المرجع فيما لم ينص عليه إلى المذهب الحنفى .

فكانت هذه الصيغة العامة الحكيمة التى صارت عليها المادة (٥) من تعديل مجلس الشيوخ باقتراح لجنته التشريعية ؛ وقد وافق عليها مجلس النواب بعده فتشمل حال من يقتل إحدى محارمه إذا تيقن زناها .

٨٧ ــ اختلاف الدار : اتفق الفقهاء على أن اختلاف الدار غير مانع ميراث المسلم من المسلم ، لأن المسلمين كما بينا تحت ولاية إسلامية واحدة ، مهما تناءت الديار ، وتباعدت الأقطار . إنما الحكم بأنه مانع من التوارث هو بين غير المسلمين ؛ فالحنفية والشافعية وبعض الحنابلة اعتبروا اختلاف الدار مانعا

---

(٥٦) هذا نص ما جاء بلجنة النواب : « رأت الغلبة فى اللجنة ضرورة تعميم الحكم الخاص بعدم منع الزوج من الإرث إذا قتل زوجته عند مفاجأتها متلبسة بالزنى على بعض محارمها كالأب والابن والأخ ، لأنهم أقوى عذرا من الزوج وصلتهم بها وثيقة لا تنفصم ، ويلصق عارها بهم مدى الحياة بينما تنتهى صلة الزوجية بالطلاق . وأضافوا إلى ذلك أن إيراد الحكم على هذا الوجه الذى يقترحونه تقتضيه الأخلاق السائدة فى الشرق عموما ، وفى بلدنا الإسلامى على وجه الخصوص ، ولكن اللجنة رأت بأغلبية الآراء الموافقة على بقاء المادة كما هى .

وهذا نص ما جاء بلجنة الشيوخ : « وقد رأت اللجنة تعميم الحكم الخاص بعدم حرمان الزوج من الارث إذا قتل زوجته عند مفاجأتها متلبسة بالزنى على قتل الأب والابن والأخ لمحارمهم عند مفاجأتهم فى حالة تلبس بالزنى مسايرة لقواعد الشريعة الإسلامية ، ولانهم يتعيرون ، كما يتعير الزوج ويلتصق العار بهم مدى الحياة ... ولأن هذا يتفق مع تقاليد الشرقيين وطباعهم . ولم يخالف فى ذلك إلا أحد أعضائها . ويهم اللجنة أن تشير بنوع خاص إلى أن احكام هذا المشروع مأخوذة من مذهب الإمام أبى حنيفة المعمول به فعلا أمام المحاكم الشرعية فيما عدا بعض احكام خاصة اشير إليها فى المشروع ... » وجاء فى تقرير آخر بعد وضع المادة فى صيغة عامة تشمل هذه الحالة وغيرها ما نصه : « هذه المادة بوضعها الأخير أوسع معنى وأكثر فائدة وفيها متسع لما قد يجد من الحوادث فضلا عن انسجامها مع القواعد الشرعية والقانونية ... » .

وبهذا ينتهى القانون فى صيغته النهائية التى صادق عليها المجلسان . وللمادة هذا العموم الشامل .

من التوارث ؛ والمالكية وبعض الحنابلة لم يعتبروا اختلاف الدار منعا لا بين المسلمين ولا غير المسلمين .

ويلاحظ أن الفقهاء الذين منعوا التوارث بين غير المسلمين إذا اختلفت مللهم كما يمنع التوارث بين المسلمين وغيرهم — هم الذين قرروا أن اختلاف الدار لا يمنع التوارث بين غير المسلمين ، وكأنهم في هذا لم يلاحظوا الاختلاف بين الناس في النصرة إلا من ناحية الدين . وعلى ذلك يكون الحكم عندهم أنه إذا مات مسيحي تحت ولاية المسلمين ؛ وله وارث تحت ولاية غير المسلمين — ورثه ، لأن النصرة بينهما كاملة إذا اتحد دينهما . فمالك الذي روى عنه أنه اعتبر اتحاد الملة أو قربها شرطا في توارث غير المسلمين هو الذي روى عنه أيضا أن اختلاف الدار لا يمنع بينهم ؛ كما لا يمنع بين المسلمين . وكذلك بعض الحنابلة . أما الحنفية والشافعية الذين اعتبروا غير المسلمين ملة واحدة فقد جعلوا اختلاف الدار مانعا .

٨٨ — ولنفصل ببعض التفصيل مقالة الذين قالوا أن اختلاف الدار يمنع التوارث بين غير المسلمين ؛ ولنتكلم أولا في معنى الدار : المراد باختلافها اختلاف الحوزة والسلطان . فحيث اختلفت الحوزة والسلطان والمنعه والملك ؛ بأن صار لكل جماعة عسكر وولاية وملك ينفصل بها عن الجماعة الأخرى . فحينئذ تختلف الدار . كما يعبر فقهاء المسلمين . أو تختلف الدولة ، أو تختلف الجنسيه أو الرعوية كما يعبر في القوانين الحديثة ؛ فلو مات مسيحي من رعايا مصر ؛ فانه لا يرثه قريبه الذي يكون من رعايا فرنسا ؛ لاختلاف الدار . أو الرعويه على حد تعبير قوانيننا .

ويجب أن يلاحظ عند اختلاف الدار الأمور الآتية :

أولها — أن الدول الإسلامية مهما تختلف حكوماتها ؛ وتتباين نزعات ملوكها دار واحدة . ولو تقاتلوا فيما بينهم ؛ فقد نص على أن أهل العدل والبغي دولة إسلامية واحدة ، ويجرى التوارث بينهم . فلو مات ذمي تحت سلطان أهل العدل ، ورثه قريبه الذمي الذي يكون تحت سلطان أهل البغي . وكذلك لو مات ذمي من رعايا مصر ورثه الذمي الآخر الذي يكون من رعايا سوريا أو العراق أو تركيا ، وهكذا ؛ لأن الدار واحدة ؛ وإن اختلفت الحوزة والسيطرة ؛ ما دامت الكثرة في كل دولة من هذه الدول من المسلمين .

ثانيها — أن المسلمين يتوارثون مهما اختلفت دولهم : فالمسلم الإنجليزى يرث المسلم المصرى . والمسلم الروسى يرث المسلم التركى . لأن المسلم ولايته للإسلام ، مهما تختلف الديار ، ومهما تختلف العادات ، ومهما تختلف الدولة أو الجنسـية .

ثالثها — أن الاعتبار باختلاف الدار يشمل الاختلاف الحقيقى والاختلاف الحكمى . فإذا مات قبطى لا يرثه قريبه المسيحى إذا كان إنجليزيا أو فرنسيا ، لاختلاف الدار الحقيقى ، ما دام يقيم فى فرنسا أو إنجلترا ، وكذلك إذا كان مسيحى مصرى قد مات وله قريب غير مصرى لا يتجنس بالجنسية المصرية ، بل هو فرنسى أو إنجليزى . ولكنه مقيم فى مصر ، فإنه لا يرثه لاختلاف الدار حكما . وإن اتحدت الإقامة ، وذلك لأن الفقهاء نصوا على أن الذمى لا يرث المستأمن . والمستأمن لا يرث الذمى ، مع أن إقامتهما فى ديار المسلمين ، لأن الذمى ولايته للدولة الإسلامية ، إذ له ما للمسلمين ، وعليه ما عليهم ، والمستأمن قد اتفق على الإقامة فى بلاد المسلمين مدة مع انتمائه لدولته ثم يعود إليها .

وفى هذا الجزء الأخير خلاف للشافعى رضى الله عنه ، فإنه قد قرر أن الذمى والمستأمن يتوارثان ، لاتحاد الإقامة ، وإن اختلفت الجنسية أو الرعوية . أو الولاية ، فهو قد اعتبر المانع — الاختلاف فى الإقامة ، لا الاختلاف فى الولاية .

٨٩ — وقد جاء القانون فيما يتعلق بالمسلمين والدول الإسلامية مطابقا للمذهب الحنفى ، إذ قرر أنه لا اعتبار لاختلاف الدار بين المسلمين ، أما بالنسبة لغير المسلمين ، فقد ذكر حالتين يختلف حكمهما :

(الحالة الأولى) إذا كان الأجنبى الذى مات له قريب مصرى غير مسلم لا تمنع دولته من توريث الأجنبى عنها ، وفى هذه الحال يعتبر اختلاف الدار غير مانع من التوريث ، وقد استقى حكم هذه الحال من المذهب المالكى والحنبلى .

(الحالة الثانية) إذا كان الأجنبى غير المسلم تمنع دولته غير الإسلامية أى التى لا يكون كثرتها من المسلمين الأجنبى عنها من الميراث ، ففى هذه الحال يكون اختلاف الدار مانعا ، وقد استقى حكم هذه الحال من المذهب الحنفى الذى كان يعتبر اختلاف الدار مانعا فى كل الأحوال .

ويظهر أن المعتبر فى اختلاف الدار فى هـذه الحال هو الاختلاف الحكمى وهـو اختلاف الرعوية أو الجنسية . لا مجرد الاختلاف فى الإقامة . فإن اتحاد الإقامة لا عبرة به ، ما دامت الرعوية مختلفة .

هـذا ويجب التنبيه إلى أن القانون لم يأت بجـديد فيما يتعلق بالمسلمين . فالدولة الإسلامية مهما يكن حالها من حيث توريث الأجنبى عنها أو عدم توريثه ، يجرى التوارث بين غير المسلمين المنتمين إليها . وغير المسلمين المنتمين للدولة المصرية ، لأن ذلك هـو المقرر فى المذهب الحنفى . ولم يجىء القانون بما يلغيه . وفوق ذلك فإن القانون قـد ضيق من نطاق المنع باختلاف الدار . ولم يوسع ، ولو قلنا بأن التوارث لا يجرى بين غير المسلمين المنتمين لدول إسلامية لكان ذلك توسعا فى حكم المنع باختلاف الدار بمـا لم يجىء به فقه . وعلى ذلك يكون المسيحى الإيرانى وارثا من المسيحى المصرى . إذا قام بينهم سبب الإرث ، والمسيحى التركى يرث المسيحى المصرى إن قام سبب الإرث . مهمـا يكن حكم الدولة الإيرانية أو التركية بالنسبة لميراث الأجنبى منها .

مـيراث المرتـد

٩٠ ــ بينا فى الكلام السابق موانع الميراث واختلاف الفقهاء فيهـا . وهناك حال تعـد من الموانع . وهى حال المرتد . فإن المرتد لا يرث من غيره عند جمهور الفقهاء ، وذلك لأنه فى حكم الميت لاستحقاقه الموت . إذ أن حكم الإسلام فيه أن يستتاب ، فإن لم يتب قتل ، وإن كان امرأة حبست ، وعلى ذلك لا يرث المرتد أو المرتدة المسلم ، لاختلاف الدين . إذ قـد هجر دينـه . ولا يرث قريبه الذى يتفق فى دينه الجـديد ، أو يخالفه إذ لا يقر المرتد على ردته كما بينا ، فيقتل أو يحبس على حسب اختلاف حاله ، ذكورة أو أنوثة ، وفى توريثه من قريبه غير المسلم تقرير لحـاله التى لا يقر عليها بمقتضى حكم الإسـلام .

وأما ماله فقـد اختلف الفقهاء فى شأنه .

١ ــ فأبو حنيفة قرر أنه إذا مات أو لحق بدار الحرب وحكم القـاضى بلحاقه يكون ماله الذى اكتسبه قبـل الردة لورثته المسلمين ، وأما ماله الذى اكتسبه بعـد الردة ، وقبل موته أو لحاقه فإن كان أنثى فكذلك يكون لورثتها ، وإن كان ذكرا فإنه يكون لبيت المـال ، وحجة ذلك الرأى أنه إن مات أو لحق

بدار الحرب ، وحكم بلحاقه فإن موته يستند إلى وقت ردته إن كان ذكراً ، ويستند إلى وقت الموت أو الحكم باللحاق إن كان أنثى ، وذلك لأن الذكر يستحق الموت ، ويخير بين التوبة والقتل ، فيعتبر فى حكم الميت من وقت ردته ، فما كسبه قبلها يكون ميراثا ، وما كسبه بعدها يكون لبيت المال على أنه مال لا مالك له ، إذ ورثته إنما يخلفونه فى ماله من وقت ردته ، ولا ورثة له من بعد ذلك . أما إذا كانت أنثى فلأنها لا تقتل بالردة بل تحبس ولا تعتبر ميتة من وقت الردة ، بل يعتبر موتها من وقت الموت الحقيقى ، أو من وقت الحكم باللحاق بدار الحرب ، وعلى ذلك ورثتها يخلفونها فى مالها من ذلك الوقت ، فيكون لورثتها مالها قبل الردة ، وما اكتسبته قبل الحكم باللحاق أو الموت .

وعلى مقتضى هذا المذهب يكون ورثة المرتد الذكر فيما يظهر — هم ورثته الذين كانوا وقت الردة ، أما الذين كانوا بعد ذلك فلا يرثون ، لأنهم لم يكونوا ورثة عند استحقاق الميراث ، وكذلك إذا كان له ورثة وقت الردة ، وكانوا قد ماتوا عند الحكم باللحاق ، أو الموت ، فإن نصيبهم يئول لورثتهم ، هذا ما كان يقتضيه ذلك المذهب ما دام سبب الميراث أو الخلافة يستند إلى وقت الردة لا إلى وقت الموت ، أو الحكم باللحاق بدار الحرب ، وهذه إحدى الروايات ، وعليها عول الكرخى ، ولكن روى الحسن بن زيادة اللؤلؤى رواية أخرى وهى أن ورثة المرتد هم ورثته الذين تثبت لهم صفة الاستحقاق من وقت الردة إلى حين الموت أو إلى حين الحكم باللحاق إلى دار الحرب ، فإذا كان له وارث ومات قبل ذلك لا يستحق ورثته شيئا عنه ، وإذا عرض الاستحقاق بعد الردة لا يكون لهم ميراث ، وذلك لعدم ثبوت الاستحقاق من وقت الردة ، وأساس هذه الرواية ، وهى معقولة ، أن المال يكون موقوفا من وقت الردة إلى وقت الموت أو الحكم باللحاق ، فإن تاب ثبت ملكه ، وإن لم يتب وأصر انتقل للورثة ، فيجب أن تستمر صفة الاستحقاق طول مدة وقف المال ، ليتقرر الإرث .

ولقد روى كذلك محمد بن الحسن أن ورثة المرتد عند أبى حنيفة هم ورثته يوم الموت أو الحكم باللحاق ، وقال صاحب المبسوط أن هذه الرواية أصح الروايات الثلاث ، وعلتها أن الردة لا تنعقد سببا إلا إذا أصر عليها بأن مات مرتدا ، أو حكم بلحاقه بدار الحرب ، بدليل أنه إن تاب قبل ذلك بقى له ماله ، وعلى ذلك فإن سبب الإرث لا يعتبر مجرد حدوث الردة ، بل هذا مضافا إليه الإصرار عليها ، وعلى ذلك لا يعتبر ورثته وقت حدوث

الردة ؛ لأن ذلك جزء من السبب . بل لا يعتبر الورثة إلا بعــد وجود السبب كله ، وهــو موته مصرا عليها أو الحكم بلحاقه بدار الحرب .

هــذا رأى أبى حنيفه . وقال الصاحبان أن مال المرتد قبــل الردة وما كسبه بين حــدوثها وموته أو الحكم بلحاقه كله يكون ميراثا لورثته وقت الموت . أو الحكم باللحاق ، وذلك لأن ملكيته لم تزل عن ماله بالردة ، إذ هــو مكلف تام التكليف . له ذمة مالية قائمة ثابتة . وحكمه حكم المحكوم عليــه بالإعــدام حــدا أو قصاصا ، لا تزول ملكيته عن ماله وتصح تصرفاته فيها كلها وبعضها . فيكون ماله وكسبه له . وينتقل إلى ورثته إذا مات فعلا ، أو مات حكما بالحكم بلحاقــه بدار الحرب([57]) فليس للردة أثر فى زوال ملكه . وإنمــا أثرهــا فى إباحة دمه إن كان ذكرا . وحبسها إن كانت أنثى .

ويلاحظ أنه فى كلا الرأيين يكون من ورثته امرأته إذا كانت ما زالت فى العــدة ولم تنته عــدتها .

وقــد اتفق فى المذهب على أن ما يكسبه بعــد اللحاق يكون فيئا للمسلمين لزوال عصمته بذلك .

٩١ ــ هــذا مذهب الحنفية ، وأما مذهب الأئمة الثلاثة فقــد روى عن الشافعى مثل قول الصاحبين ، ومثل قول أبى حنيفه ، وروى عن مالك وأحمــد مثل ذلك ولكن الصحيح عن الشافعى ومالك وأحمد أن مال المرتد كله يكون فيئا للمسلمين يوضع فى بيت المــال . فلا يرث من أحــد شيئا . ولا يورث عنــه شىء ، لأنه بردته صار حربا على المسلمين ، فيكون حكم ماله حكم مال الحربى على ســواء . ومال الحربى غنيمة للمسلمين .

هــذه أقوال الأئمة الأربعة أو الصحيح فى النسبة إليهم . وقــد روى عن الإمام أحمد ، رأى غريب فى هــذا ، وهو أن مال المرتد يكون لورثته من أهــل دينه الذى اختار الانتقال إليه ، إن كان منهم من تربطه به صــلة قرابة أو

---

(٥٧) ولقــد حكى الكرخى خلافا بين الصاحبين فى وقت الإرث أهــو وقت الحكم باللحاق أم هــو وقت اللحاق ، فروى عن محمــد أن العبره بالوارث وقت اللحاق . لأن السبب الموجب للميراث هو اللحاق لانه به تزول العصمة . ويتم الإصرار على الردة ؛ وابو يوسف اعتبر يوم الحكم . لان الردة عارض قابل للزوال . فلابد من حكم يبعــد احتمال زواله .

زوجية فإن لم يكن فإن ماله يكون لبيت المـال ، كـكل مال لا مالك له • أى أنه يكون فى قسم مال الضوائع من أقسام بيت المـال •

٩٢ ــ هـذا ويجب ملاحظة أمرين :

(أحدهما) أن المرتد إذا لحق بدار الحرب ، وحكم بلحـاقه صار فى حكم الأموات ، فتحل ديونه المؤجلة على مذهب أبى حنيفة ، وتقضى الديون التى لزمته فى حال الإسلام ممـا اكتسبه قبل الردة ، وما لزمه من ديون فى حال ردته يقضى من كسب الردة ، وهـذا عند أبى حنيفة ، ووجهه أن المستحق بالسببين مختلف ، وما دامت الردة وحـدها سبب الوراثة ، فالديون قـد تعلقت بالأموال التى كانت عند حدوثها ، وما لزمه من ديون بعد ذلك تعلق بما اكتسب بعدها •

هـذا عند أبى حنيفة على اشهر الروايات عنه ، واما عند الصاحبين فإن الديون كلها ، ما لزمه قبـل الردة وبعـدها يتعلق بالمـال كله ، ما كسب منه قبل الردة وما كسب بعـدها • لأن تعلق الدين بالمـال إنما يكون بعـد اللحاق والحكم به ، فكل الديون سواء فى تعلقها بالمـال •

(ثانيهما) أنه إذا عاد المرتد إلى بلاد الإسلام مسلما بعـد الحكم بلحاقه بدار الحرب ، فإن ما يجـده من أمواله قائما يبقى على ملكه ، وما هلك أو استهلك لا يضمن ، لأن من استهلكه قـد استولى عليه بحكم قضائى محترم ، فليس معتديا ، وإذا انتفى الاعتداء فـلا ضمان ، ومثله فى ذلك مثل المفقود إذا حكم بموته ، ثم ظهر حيا ، فما وجـده من ماله قائما أخـذه ، وما وجـده هالكا أو مستهلكا لا يضمنه الورثة ، ومثل المستهلك ما تصرف فيه الوارث تصرفا شرعيا أخرجه به عن ملكه فإنه لا يعود •

٩٣ ــ هـذا هو حكم المرتد لا يرث ، ويورث عنه ماله فى الحـدود التى ذكرناها ، وبالشروط التى بيناها ، وقانون الميراث فى صيغته النهائية لم يتعرض لحكم المرتد لا سلبا ، ولا إيجابيا ، وإذا كان كذلك ، فإنه يرجع فيه إلى مذهب أبى حنيفة ، وهـو أنه لا يرث من غيره ، وذلك متفق عليه عند جمهور الفقهاء ، ويورث عنه ماله الذى اكتسبه قبـل الردة ، وما اكتسبه بعـدها يكون لبيت المـال ــ كما هـو رأى أبى حنيفة ــ خلافا للصاحبين ، إذ لم يذكر الفقهـاء ترجيحا لأحـد الرأيين ، فكان الراجح ما دام لا نص على الترجيح هـو رأى أبى حنيفة ، كما هـو مقرر فى المذهب الحنفى والترجيح فيه •

ولكن قانون الميراث وهو مشروع قد نص فيه على أن المرتد لا يرث ، وأن ماله يكون للخزانة العامة من غير تفرقة بين ما اكتسبه قبل الردة وما اكتسبه بعدها ، ومن غير تفرقة بين الذكر والأنثى ؛ ولجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب هي التي حذفت ذلك النص ، وقالت في ذلك :

« اعترض بعض أعضاء اللجنة على الفقرة الخاصة بإرث المرتد ، وتمسكوا بمخالفتها للمادة (١٢) من الدستور التي تكفل حرية الاعتقاد للجميع ، وقالوا انه إذا كانت الضرورة اقتضت مخالفة النص الصريح الوارد بالقرآن(٥٨) والذي يقضي بقتل المرتد ، لمخالفته لنص الدستور الصريح ، فإن الضرورة أيضا تقتضي مخالفة الأحكام الشرعية الخاصة بإرث المرتد ، لأنها وردت مشبعة بتلك الروح الدينية التي ظهر أنها تخالف الدستور ، ومما هو جدير بالملاحظة أن تلك الاحكام وضعت باجتهاد الفقهاء ، وبالتالي ليس لها من القوة ما لنص القرآن الكريم ؛ وقد عنيت وزارة العدل بهذا الاعتراض ، وأوضحت على لسان أحد حضرات مندوبيها أن عدم إرث المرتد من غيره متفق عليه شرعا ، ولا يصح أن يكون محل مناقشة ، أما إرث غيره منه ، فسيوضح عند نظر قانون الأحوال الشخصية » .

وترى من هذا أنه قد حذف النص مع بقاء العمل بالراجح من المذهب الحنفي إلى أن يوضح خلافه .

١ — أصحاب الفروض

٩٤ — ذكرنا أنه يبدأ بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا بأصحاب الفروض من الورثة ، وهم اثنا عشر : الزوجان ، والأب ، والأم ، والبنات ، وبنات الابن ، والجد الصحيح ، والجدة الصحيحة ، والأخوات الشقيقات ، والأخوات لأب والإخوة لأم ، والأخوات لأم ، وبعض هؤلاء لا يحجب حجب حرمان(٥٩) قط ، وهم الزوجان ، والأب والأم ، والبنت ، والآخرون يجوز

(٥٨) الصواب الوارد بالحديث ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » .

(٥٩) تجرى على السنة الفقهاء كلمات ثلاث هي : حرمان ، وحجب حرمان ، وحجب نقصان ، ولكل كلمة معنى اصطلاحي خاص ، فالحرمان ان يكون ثمة مانع من موانع الإرث كالقتل ، واختلاف الدين ، ويسمى الشخص محروما ، والمحروم لا يؤثر في نصيب غيره عند الحنفية فإذا كان للزوجة المتوفاة ابن غير مسلم او قاتل =

أن يحجبوا حجب حرمان ، ولنبتدىء بعون الله تعالى ببيان حال كل فريق من هؤلاء . وما يستحقه ، والسند الشرعي لبيان فرضه ، وشروط استحقاقه ؛ وأحوال حجبه حجب حرمان أو حجب نقصان .

ميراث الزوجين

٩٥ — نصيب الزوجين نص عليه القرآن بقوله تعالى : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد . فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين . ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد ، فإن كان لكم ولد ، فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين » .

فدلت هذه الآية الكريمة على أن الزوج يأخذ نصف ما تتركه زوجته ، إن لم يكن لها ولد ، فإن كان لها ولد استحق الربع فقط ؛ والزوجة تأخذ الربع إذا لم يكن لزوجها المتوفى ولد ، فإن كان له ولد استحقت الثمن .

وتنفرد الواحدة بالربع أو الثمن ، ويشترك فيه الأكثر من واحدة . فيشترك فيه الزوجتان والثلاث والأربع .

والولد هو من ينتسب إلى المتوفى ذكرا كان أو أنثى ؛ والذين ينتسبون إلى المتوفى من فروعه هم أولاده الصلبيون المباشرون ذكورا كانوا أو اناثا ، وفروع أبنائه ، أما فروع بناته فإنهم لا ينتسبون إليه ، بل ينتسبون إلى غيره ، ولذلك قيل :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا ... بنوهن أبناء الرجال الأباعد

ولذلك قال الفقهاء أن الفرع الذى ينقل نصيب الزوج من النصف إلى الربع ، والزوجة من الربع إلى الثمن ، هو الفرع الوارث ويقصدون به صاحب الفرض أو العصبة ، أما إذا كان من ذوى الأرحام فلا ينقل .

والفرع الوارث الذى يؤثر ذلك التأثير يشترط ألا يقوم به مانع من موانع

= لا يؤثر فى نصيب الزوج . فلا ينقله من النصف إلى الربع ، وكذلك الزوجة . وحجب الحرمان الا يستحق الوارث شيئا لوجود من هو أولى منه كالاخ لأب مع الأخ الشقيق ، وهو يؤثر فى نصيب غيره . وحجب النقصان أن ينتقل النصيب من فرض إلى فرض ، كأن ينقل الفرع الوارث نصيب الزوج من النصف إلى الربع .

الإرث ، فإن قام به مانع من موانع الإرث لا يؤثر فى نصيب أحد الزوجين ، فلا ينقل نصيب الزوج من النصف إلى الربع . ولا نصيب الزوجة من الربع إلى الثمن . لأن المحروم بسبب وجود مانع من موانع الإرث يكون فى حكم المعدوم ، فلا يكون له وجود شرعى يؤثر فى نصيب غيره . فإذا كان للزوجة المسلمة ابن غير مسلم ، أو كان هو الذى قتلها فإنه يعتبر كأنه معدوم . كأنه ليس ثمة فرع مطلقا(٦٠) .

وكذلك الشأن فى كل ذى فرض يؤثر فى نصيبه الفرع ، فإنه يشترط أن يكون ذلك الفرع لا تتوسط بينه وبين الميت أنثى ، وألا يكون محروما بأن لا يقوم به مانع من موانع الإرث .

٩٦ — وميراث الزوجين سببه الزوجية كما قررنا . ولذلك يجب أن تكون قائمة عند الوفاة حقيقة أو حكما . وقيامها حقيقة بأن يكون المتوفى منهما عند الموت زوجا . وتكون قائمة حكما إذا كانت معتدة من طلاق رجعى وقت وفاتها أو وفاته ، أو يكون الشارع قد اعتبر المتوفى فارا من الميراث وكانت العدة قائمة . وعلى ذلك تكون شروط الميراث بالزوجية اثنين .

(أحدهما) أن تكون الزوجية صحيحة . فإن كان العقد فاسدا فلا توارث وإذا استمرت العشرة بمقتضاه إلى الوفاة . فمن عقد على امرأة ثم تبين أنها أخته من الرضاع . فلا توارث بينهما ، وإن لم يعلم ذلك إلا بعد الدخول ، بل إن لم يعلم ذلك إلا بعد الوفاة ، لأن العقد الفاسد لا يرتب عليه الشارع أى أثر من الآثار فى ذاته لأنه لا يعترف بوجوده ، ولا يرتب عليه أى حكم من

---

(٦٠) جاء فى أحكام القرآن لأبى بكر الرازى ما نصه :

« اختلف السلف فى الحجب ممن لا يرث ، وهو أن يخلف الحر المسلم أبوين حرين مسلمين وأخوين كافرين أو مملوكين أو قاتلين . فقال على وعمر وزيد : للأم الثلث وما بقى فللأب . وكذلك المسلمة إذا تركت زوجا . وأبنا كافرا . أو مملوكا ، أو قاتلا ، أو الرجل ترك امرأة . وابنا كذلك لا يحجبون الزوج ولا المرأة عن نصيبهما الأكثر إلى الأقل ، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ومالك والثورى والشافعى ؛ وقال عبد الله بن مسعود يحجبون وإن لم يرثوا . وقال الأوزاعى والحسن بن صالح : المملوك والكافر لا يرثان ولا يحجبان . والقاتل لا يرث ويحجب . وقال أبو بكر لا خلاف فى أن الأب الكافر لا يحجب ابنه من ميراث جده ، وأنه بمنزلة الميت . فكذلك حكم حجب الأم والزوج والزوجة .

الأحكام الشرعية التى تكون آثرا للعقد الصحيح ، وإن أعترف الشارع ببعض الأحكام التى تكون بسبب الدخول فى العقد الفاسد أحيانا ؛ فالسبب الموجب لهذه الأحكام هـو الدخول مـع وجود الشبهة القوية المانعة لإقامة حـد ، ولذلك يثبت المهر والعـدة والنسب لمن يكون ثمرة هـذا الدخول ، وفى حال ثبوت نسبه من العاقـد المتوفى يرث ، وإن كانت أمه لا ترث .

ولا فرق فى ذلك بين العلم بالسبب الموجب للفساد قبل الوفاة وبعـدها ، لانه إن علم السبب الموجب لذلك — تبين أن الفساد لحق العقـد من وقت وجوده . فلا يرتب عليه الشارع أى حكم من الأحكام ، إلا ما يوجبه الدخـول بشبهة قوية فى بعض العقود الفاسدة .

واعتبار العقـد الفاسـد غير مسوغ للميراث بسبب الزوجية يكون بين المسلمين أيا كان سبب الفساد عند الحنفية ، أى سواء أكان الفساد لتخلف شرط من شروط صحة العقـد اللازمة للإنشاء فقط ، أم التى تكون لازمة للإنشاء والبقاء كالمحرمية . وسواء أكان سبب الفساد متفقا عليه أم كان مختلفا فيه ، ما دام قـد تقرر فى المذهب أن العقد فاسد .

هـذا مذهب الحنفية ، وهـو مذهب الشافعى وأحمد . وقال مالك أن سبب الفساد إن كان متفقا عليه بين الأئمة كتزوج خامسة وفى عصمته أربع ، أو تزوج المحرمة رضاعا جاهلا سبب التحريم فإنه لا توارث بين الزوجين سـواء أمات احـدهما قبل المتاركة والفسخ أم مات بعـد المتاركة والفسخ .

وإن كان السبب الموجب للفساد غير متفق عليه كعـدم الولى فى زواج البالغة العـاقلة فإن العقد إن عقـد من غير وجوده يكون فاسـدا عند الأئمـة الثلاثة ، ويكون صحيحا عند أبى حنيفة ، ورواية عن أبى يوسف ، ففى هـذه الحال وأشباهها إن كانت الوفاة بعـد الفسخ فلا توارث لعـدم قيام السبب الموجب للميراث ، إذ انتهت الزوجية ، وإن كانت الوفاة قبـل الفسخ ، فإن الزوجية قائمة على رأى من يرى صحة الزواج ، فيكون الميراث لذلك ثابتا ؛ وكأن مالكا يرى أن الزوجية المختلف فيها نفيا ، موضع شك ، لأن ما يخالف فيه بعض الأئمة إنما يكون مبنيا على دليل ، ورأيه خطـأ يحتمل الصواب ، ولا تنفى الزوجية مع هـذا الاحتمال فيكون سبب الميراث قـد قام .

٩٧ — هـذا وقبل أن نترك الكلام فى العقد الفاسد وبطلان التوارث بسببه

نقرر أن ذلك إنما هـو فى توارث المسلمين : أما غير المسلمين . فقـد قسم الفقهاء الفساد قسمين يختلف أحـدهما عن الآخر لاختلاف السبب ، والقسم الأول الفساد بسبب تخلف شرط هـو شرط للإنشاء والبقاء ، كأن تكون الزوجة محرمة على الزوج على سبيل التأبيد . وهـذا لا يقران عليه مطلقا إذا أسلما ، والقسم الثانى أن يكون الفساد بسبب تخلف شرط هو شرط للإنشاء ، وليس بشرط للبقاء ، ولذلك يقران على زواجهما إذا أسلما وقـد كان عقدهما من غير شـهود .

ولقـد قال فقهاء الحنفية إنه إذا كان فساد عقد زواج غير المسلمين لا يقران عليه إذا أسلما فإنه لا يثبت به التوارث . فإن ترافعوا إلينا لا نقضى بالميراث لأن القضاء يتضمن الحكم بصحة الزوجية حال النزاع ، وهى حال النزاع لا تصلح للحكم بصحتها . وإن كانا يقران على الزواج إن أسلما ، لأن الفساد بسبب تخلف شرط للإنشاء لا للبقاء ، فإن ترافعوا إلينا فإنا نحكم بإجراء التوارث لأن العقد وقت التحاكم لا يوجـد ما يمنع استمراره وبقاءه .

هـذا هـو حكم التوارث بين الزوجين غير المسلمين إذا كان العقد صحيحا عندهم وفاسدا فى نظر المسلمين ، وهـذا الحكم هو المشهور فى المذهب الحنفى حتى لقـد قال صاحب المبسوط : أنه مجمع عليه بين الفقهاء فى المذهب : أى أنه لا رأى سـواه .

ولكن ذكر ابن عابدين فى رد المختار قولا ثانيا : وهـو أن يجرى التوارث بين غير المسلمين ما دام العقـد صحيحا عندهم من غير تفرقة بين عقـد صحيح وغير صحيح عندنا ، ومن نظر إلى كون الفساد يقران عليه إذا أسلما . أو لا يقران ، وذلك لأن العبرة فى قيام الزوجية النظر إلى ديانتهما ، فما دام الزواج جائزا عندهم فالتوارث يجوز بناء عليه ، لأن التوارث ثمرة من ثمراته ، وهم يدينون فيما بينهم بمـا يعتقدون ، لا بما نعتقد .

وحجة القول الأول : أن التوريث بالزواج سببه الزوجية : وهى الزوجية الصحيحة فى نظر المسلمين ، فلابد أن يحكم الإسلام وقت إجراء الإرث بأن العقـد يصلح للحكم عليه بالصحة فى الجملة ، ما دام التوريث على أسـاس النظـام الإسـلامى .

وقـد ذكر ابن عابدين أن هـذا القول هو الصحيح : وعندى أن المسألة

بها أصل فى الخلاف بين الأئمة فى المذهب الحنفى ، وذلك لأن أئمة المذهب الحنفى حكموا بأن العقد الفاسد عندهم لتخلف شرط الإنشاء فقط لا نبطله إن تحاكموا إلينا فى شأن الزواج أو أسلموا ، أما إن كان قد تخلف شرط للبقاء فنبطله إن احتكموا إلينا (لنحكم بشريعتنا) أو أسلموا ، لكن إن لم يتحاكموا فى الزواج بل تحاكموا فى آثاره فهل نحكم بها ؟ قال الصاحبان لا نحكم . لأن العقد فى ذاته فاسد لا يقبل الصحة فلا نحكم بآثاره ، وقال أبو حنيفة إنهم إن تحاكموا فى النفقة أو نحوها حكمنا بالنفقة . ويظهر أن كل آثار النكاح كالنفقة ، وذلك لأن العقد ما داما يدينان به فهو معتبر وصحيح فى ذاته عندهم . ولكنهم إن تحاكموا إلينا فى شأنه حكمنا بشريعتنا لا بشريعتهم لقوله تعالى « فاحكم بينهم بما أنزل الله » فنبطل العقد متى كان موضوع النزاع هو الزواج نفسه ، أما إن تحاكموا فى آثاره فإننا نسايرهم على اعتقادهم ما دام موضوع النزاع هو الأثر لا العقد نفسه . ولأن ذلك ناشىء عن تركهم وما يدينون .

وعلى ذلك نقول أن ما نقله ابن عابدين من أن التوارث يجرى بينهم فى كل عقد فاسد عندنا ما دام صحيحا عندهم هو أشبه بقول أبى حنيفة رحمه الله ، والقول الآخر أشبه بقول الصاحبين ، وأنه بعد جعل قانون الميراث قانونا عاما يجرى التوارث بمقتضاه بين كل المقيمين بمصر ، يكون القول الأخير هو الأوفق . ويجب أن يجرى العمل على مقتضاه ، فلا ينظر القاضى فى صحة الزواج عندنا ما دام صحيحا عندهم . وإنما يجرى التوارث من غير نظر وراء ذلك .

٩٨ — وثانى الشرطين قيام الزوجية عند الوفاة ، وقيامها بأن تكون الوفاة وهما زوجان أو تكون عدة من طلاق رجعى ، فإذا توفى الزوج وهى مطلقة طلاقا رجعيا ، ولم تكن العدة قد انتهت ورثت منه ، وكذلك إذا توفيت وهى فى العدة ، وذلك لأن الطلاق الرجعى لا يزيل ملك النكاح فلا يمنع التوارث .

أما إذا كان الطلاق بائنا فإنه لا توارث ولو كانت الوفاة فى حال العدة إلا إذا كان من تولى سبب الفرقة قد اعتبر فارا من الميراث .

ويعتبر فارا إذا كانت الفرقة من قبل من مات ، وهو مريض مرض الموت بغير رضا الطرف الآخر ، وعلى ذلك إذا طلق المريض مرض الموت امرأته ، وكان طائعا مختارا فى طلاقها ، وكان الطلاق بغير رضاها ، وكانت مستحقه للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة ، فإنه يعتبر فارا من الميراث بهذا الطلاق البائن فى مرض الموت . فلو كان مكرها بالطلاق على فرض أن طلاق المكره يقع (على

ما هـو مذهب الحنفية - وهو خلاف المعمول به) فإنها لا ترث ؛ وكذلك إذا كان الطلاق بطلبها ، وثبت الطلب ؛ أو كان الطلاق على مال . فإنه لا يعتبر فارا ، لأن طلبها أزال مظنة الفرار - وإن كانت غير مستحقة للميراث وقت الطـلاق وصارت مستحقة له وقت الوفاة لا يعتبر فارا أيضا . كأن كانت غير مسلمه وقت الطلاق ، ثم أسلمت بعـد الطلاق . فإنها لا تكون مستحقة للميراث وإنما زالت مظنة الفرار فى هـذه الحال ، لأنها عند الطلاق لا يتصور ميراثها منه لاختلاف الدين - فلا يتصور فارا من أمر غير متوقع . ثم لابد من استمرار الصلاحية للميراث إلى وقت الوفاة ؛ فلو كانت مسلمه عند الطلاق ثم ارتدت . ثم عادت إلى الإسلام لا يعتبر الزوج فارا . لأنها بارتدادها أسقطت حقها فى الميراث . والساقط لا يعـود •

وإذا توافرت الشروط لتحقق مظنة الفرار - وماتت وهى فى العـدة . فهى ترثه ، وهـذا هـو رأى الحنفية وهو أوسط الآراء وعليه يسير العمل •

٩٩ — وقـد خالف فى ذلك الأئمة الثلاثة ، ولكل رأى منفرد . فالشافعى رضى الله عنه قال أنها لا ترث كالمطلقة طلاقا بائنا فى الصحة - لأن الزوجيـة قـد ارتفعت بالطلاق البائن قبل الموت ، وهى سبب التوارث بين الزوجين فلا سبب للتوارث ؛ ولو مات وهى فى العـدة فلا عبرة بمظنة الفرار - لأن أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الخفية ، بل تناط بالأسباب الظاهرة . والسبب الظاهر قـد زال بعمل من يملك إزالته . فلا عبرة بنيته •

وحجة الحنفية فعل الصحابة ، وأن الزوجية وهى سبب الميراث قد ازالها بقصـد إبطال حقها فى الميراث فيرد عليه قصده ما بقيت العـدة لبقـاء آثار الزوجية ، فجعلت آثار الزوجية قائمة مقـامها حتى لو انتهت العـدة تكون الزوجية وآثارها قـد زالت ، فلا يكون ثمة سبب شرعى •

وقال أحمد بن حنبل أن المطلقة طلاقا بائنا فى مرض المطلق الذى قصـد بطلاقه الفرار من الميراث يكون لها الحق فى الإرث - ولو انتهت العـدة ، فلو مات بعـد انتهائها ترثه إلا إذا كانت قـد تزوجت قبل موته ؛ وذلك ليرد عليه قصده فترث ما لم يوجـد مانع يقطع فرض الزوجية بينه وبينها قطعا تاما ، وذلك بأن تتزوج من غيره قبل موته . لأنها بتزوجها من غيره لا يمكن تصـور قيام الزوجية الأولى التى ترث بها ، إذ لا يتصور أن تكون لهـا زوجية من اثنين ، وعلى ذلك الرأى ابن أبى ليلى من فقهاء العراق •

وقال مالك أن حقها في الإرث لا ينقطع ، ولو تزوجت قبل موته لأن القصد الآثم مردود على صاحبه إذا قامت القرائن المثبتة له ، وقد قصد حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده ، بثبوت حقها من غير زوال كما لو لم يطلقها(٦١) .

ومثل الطلاق كل فرقة تكون من قبل المريض ، ويموت بعدها ، وهي في العدة . كاللعان والارتداد ، والتفريق بخيار الإفاقة .

والفرقة التي تكون من قبل المرأة وهي مريضة مرض الموت . يثبت معها الميراث إن ماتت وهي في العدة ، وفعلت ما أوجب الفرقة طائعة مختارة بغير رضا زوجها ، كأن ارتدت أو اختارت نفسها بخيار الإفاقة أو فعلت مختارة بأحد أصوله أو فروعه ما أوجب حرمة المصاهرة ، فإنها تعتبر فارة من الميراث ويستحق زوجها الميراث ، إن ماتت وهي في العدة ، لأنها قصدت الحرمان من الميراث بفعلها . فيرد عليها قصدها .

ميراث أولاد الأم

١٠٠ — أولاد الأم هم الإخوة لأم والأخوات لأم ، ويستحقون في الميراث بالفرض . وفرض الواحد سواء أكان ذكرا . أم كان أنثى — السدس ، وفرض الأكثر من واحد ذكورا كانوا أو إناثا ، أو مختلطين الثلث مهما يكن عددهم ، والذكر والأنثى فيه سواء فتكون حصة الأنثى مساوية لحصة الذكر ، فإذا كان للمتوفى أخ لأم وأخت لأم ، فهما سواء في الثلث يقتسمانه بينهما نصفين ، وإن كانوا ثلاثة إحداهن أنثى قسموه بينهم ثلاثا ، وهكذا ، وشروط استحقاق أولاد الأم :

(أ) ألا يكون هناك فرع وارث عن أصحاب الفروض أو العصبات ، وهو ولد المتوفى ، وولد ابنه ، أو ابن ابنه ... إلخ .

---

(٦١) بينت الميراث بالزوجية المادة الحادية عشرة . وهذا نصها : « للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والربع مع الولد وولد الابن وإن نزل . وللزوجة ولو مطلقة رجعيا إذا مات زوجها ، وهي في العدة أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد أو ولد الابن وإن نزل ، والثمن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . وتعتبر المطلقة بائنا في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترد بالطلاق ، ومات المطلق في ذلك المرض ، وهي في العدة » .

(ب) ألا يكون هناك أصل مذكر وارث : بألا يكون هناك أب ولا جد صحيح وإن علا .

وعلى ذلك يحجب الإخوة لأم والأخوات لأم — الأب والجد الصحيح والفروع الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، فلا يرثون مع هؤلاء شيئاً قط ، ويحجبونهم حجب حرمان ، وذلك لأن القرآن الكريم سمى ميراثهم ميراث كلالة ، والكلالة هى القرابة التى لا تكون من عمود النسب . فشرط ميراثهم ألا يكون أحد من عمود النسب .

١٠١ — والأصل فى ميراث أولاد الأم قوله تعالى : « وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ؛ وإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين : غير مضار وصية من الله ؛ والله عليم حكيم » .

والمفسرون على أن الكلالة المذكورة فى القرآن هو الميت الذى ليس له والد ولا ولد ؛ وإن ذلك هو التفسير المأثور عن النبى صلى الله عليه وسلم ؛ فقد روى عنه عليه السلام أنه قال لرجل سأله عن الكلالة : « من مات وليس له والد ؛ ولا ولد ، فورثته كلالة » وترى من هذا أن الرسول صلوات الله وسلامه عليه فسر الكلالة بحال الميراث التى يكون فيها الوارث غير الوالد والولد .

ولكن كلمة الكلالة ذكرت فى موضعين فى القرآن الكريم ؛ فى هذا الموضع وفى موضع آخر ، فى آخر سورة النساء فى قوله تعالى : « قل الله يفتيكم فى الكلالة » وقد اتفق الصحابة على أن الأخوات والإخوة المذكورين فى الآية الأولى أولاد الأم ، كما اتفقوا على أن المراد بالأخ والأخت المذكورين فى آخر السورة الأشقاء أو لأب .

ثم إن كلمة الوالد فى هذا المقام تشمل كل أصل مذكر لا تتوسط بينه وبين الميت أنثى ؛ وكلمة ولد تشمل كل من ينتسب إلى الميت من غير أن تدخل فى نسبته إليه أنثى على ما بينا .

ثم إن التعبير بكلمة : « فهم شركاء فى الثلث » فى الآية الكريمه يدل على التسوية بين الذكر والأنثى ؛ لأن الشركة إذا اطلقت كانت على التساوى . فهى فى ذاتها تدل على التساوى المطلق .

١٠٢ ــ هــذا ويلاحظ أن الأخــوات والإخــوة والأشقاء يرثون بوصف كونهم إخوة أو أخوات لأم ، إذا كانوا لا يرثون بوصف كونهم أشقاء ، بأن كان ميراثهم على ذلك الوصف ، على أنهم يأخذون الباقى بالتعصيب ، ولا يكون فى المسألة باق ، بينما يكون أولاد الأم قــد أخــذوا الثلث ، فإنهم فى هــذه الحال يأخــذون معهم بوصف كونهم أولاد أم ، لأنهم أولاد أب وأم • وبهــذا الوصف يكونون عصبة ، فإذا لم يعطهم ذلك شيئا أخــذوا باعتبارهم أولاد أم فقط ، وتسمى المسألة التى تكون على هــذه الحال المسألة المشتركة ، وسنبينها فى موضعها إن شاء الله تعالى(٦٢) •

مــيراث البنــات

١٠٣ ــ جمعت أحكام ميراث البنات الصلبيات أى بنات المتوفى مباشرة هــذه الكلمات الكريمات : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك • وإن كانت واحدة فلها النصف » •

فهــذه الكلمات الكريمة تدل على أن أحوال البنات الصلبيات ثلاث :

أولاها ــ أن يكون معهن ابن صلبى أو أبناء ، وفى هــذه الحال يكون الجميع عصبه للذكر مثل حظ الأنثيين • أى يأخــذون مع الأبنــاء الباقى بعــد أصحاب الفروض على أن يكون للذكر ضعف ما للأنثى ، وهــذا ما ذكر أولا فى الآية الكريمــــة •

وثانيها ــ أن يكن نساء فــوق اثنتين فقط ، وفى هــذه الحال يكون لهن ثلثا التركة على ألا يكون معهن ذكر يعصبهن ، وإلا كانت الحالة الأولى ، والآية صريحة فى أن ما فوق اثنين يأخــذن الثلثين ، أما الثنتان فاستحقاقهما الثلثان يفهم ضمنا من حكم الأخوات الشقيقات فى قوله تعالى : « فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك » فإذا كانت الأختان إذا لم يكن من يعصبهن تأخــذان الثلثين ، وقرابتهن بالمتوفى دون قرابة البنتين يكون البنتان بالأولى مستحقتين الثلثين ، فالقرآن الكريم قــد حــذف فى آية البنات حكم حالة الثنتين منهن ، لأنه يفهم

---

(٦٢) بينت حكم أولاد الأم المــادة (١٠) وهــذا نصها : « لأولاد الأم فرض السدس للواحد ، والثلث للاثنين فأكثر ، ذكورهم وإناثهم فى القسمة سواء ، وفى الحالة الثانية إذا استغرقت الفروض التركة يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الإخوة الأشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم على الوجه المتقدم » •

من آية الأخوات ، وهـذا هـو الإيجاز المحكم ، وسر الإعجاز .

وثالثها ــ انها تأخـذ النصف إذا كانت بنتا واحـدة : وهـذا صريح الآية الكريمة : فقـد ذكر فى آخرها حكم هـذه الحال[٦٣] .

ويلاحظ أن البنات الصلبيات كالزوجين لا يحجبن حجب حرمان قط فإذا استوفين شروط الميراث ، وانتفت موانعه فلابد أن يأخـذن شيئا قل أو كثر .

١٠٤ ــ قـد رأيت فى الحال الثانية للبنات الصلبيات أنهـن يأخـذن الثلثين إن كن نساء فوق اثنتين ، كما هو صريح الآية الكريمة ، وإذا كانت اثنتان فقط قلنـا أنهما تأخـذان الثلثين أيضا استنباطا من اية الأخوات الشقيقات . وهـذا رأى جمهور الفقهاء . وهـو مأخوذ من القرآن . والحـديث والقياس . ومن فتاوى جمهور الصحابة ، ولكن روى أن ابن عباس رضى الله عنهما قال أن الاثنتين من البنات لا تأخـــذان الثلثين : بل تأخـذان النصف فقط . واحتج بأن الآية قـد نصت على حكم الأكثر من اثنتين . وعلى الواحـدة . فأعطت ما فـوق الثنتين ، وأعطت الواحـدة النصف . فإذا أعطيت الاثنتان الثلثين فقد خالفت الآية ، ولم يبق إلا أن تعطيا الأدنى .

وحجة الجمهور (أ) ما ذكرنا من أن آية الأخوات قـد ذكرت أن اثنتين تأخـذان الثلثين . وبدلالة النص يثبت ذلك للبنتين : لأنهما أقرب للمتوفى ، وأحق بالوراثة . وليس من المعقول أن تأخذ الأختان الثلثين : وتأخذ البنتان النصف .

(ب) أن الله سبحانه وتعالى جعل نصيب الابن ضعف نصيب البنت ، فلو كان لـه ابن وبنت يكون الثلثان للابن ، والثلث للبنت : وإن هـذا يتضمن أن البنتين لهما الثلثان : إن لم يكن سواهما ، لأنه جعل نصيب الابن كابنتين ، وقد استحق الثلثين عند اجتماعه مع إحداهما فتستحقانه معا ، لقيامهما مقامه .

---

(٦٣) قـد بينت احوال البنات وبنات الابن المـادة (١٢) وهى تبين حال الفرض دون التعصيب . وتركت حال التعصيب للمـادة ١٩ . وهـذا نص المـادة ١٢ : مع مراعاة حكم المـادة ١٩ (أ) للواحـدة من البنات النصف وللاثنتين فأكثر الثلثان . (ب) ولبنات الابن الفرض المتقـدم ذكره عند عـدم وجود بنت أو بنت ابن اعلى منهن درجة ، ولهن واحـدة او اكثر السدس مع البنت او مع بنت الابن الأعلى درجـة .

(جـ) ولأن البنت مع الابن تأخذ الثلث . ويأخذ هو الثلثين باعتبار هذا نصيب اثنتين فلا يمكن أن يقل نصيبهما عن ذلك إذا وجدت بنتان ، ولو جعلنا نصيبهما النصف لقل عن ذلك ، وهذا غير معقول .

(د) روى جابر أنه « جاءت امرأة من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ببنتين لها . فقالت : يا رسول الله هاتان بنتا ثابت بن قيس قتل معك يوم أحد ، ولم يدع لهما عمهما مالا إلا أخذه ، فما ترى يا رسول الله ، فوالله لا تنكحان أبدا إلا ولهما مال ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يقضى الله فى ذلك . فنزلت من سورة النساء : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » الآية ، فقال صلى الله عليه وسلم : ادعوا لى المرأة وصاحبها . فقال لعمهما : أعطهما الثلثين ، وأعط أمهما الثمن » .

فدل هذا الحديث بصريحه على أن الاثنتين من البنات نصيبهما الثلثان وعلى أن ذلك قد تضمنه القرآن الكريم ، وليس وراء ذلك مجال للاستنباط .

ولقد ذكر بعض العلماء أنه قد انعقد الإجماع على ذلك من بعد عصر الصحابة ، فلا مجال للمخالفة[٦٤] ، وفى الواقع أن رواية خلاف ابن عباس فى هذا موضع نظر ، فإنا لا نحسب أن حبر هذه الأمة تخفى عليه مثل هذه القضية ، ولقد روى الجصاص هذه الرواية وجعلها موضع نظر ، فقد قال : لم يخالف فى ذلك أحد إلا شيئا روى عن ابن عباس أنه جعل للبنتين النصف ، كنصيب الواحدة .

ميراث بنات الابن

١٠٥ — اتفق العلماء على أن أولاد الابن يطلق عليهم اسم أولاد ، ولكنه يكون إطلاقا مجازيا لا إطلاقا حقيقيا ، ولا يصار إلى المجاز ما أمكن إطلاق اللفظ على حقيقته ، ولذلك قرر العلماء أن بنات الابن ، وإن نزل أبوهن يأخذن حكم البنات . إن لم يكن ثمة أولاد صلبيون للمتوفى ، لأنه فى هذه الحال يحمل نص الشارع الكريم على الأولاد المجازيين ، إذ لم يمكن حمله على الأولاد الحقيقيين ، ومثل ذلك مثل الواقف إذا قال وقفت على أولادى ، ولم يكن أولاد

---

(٦٤) قد ذكر هذا الخلاف وتلك الأدلة أبو بكر الرازى فى أحكام القرآن جـ ٣ ص ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ .

صلبيون ، وله أولاد ابن ، فيحمل اللفظ على أولاد الابن ، إذ لم يمكن إطلاق اللفظ على معناه الحقيقى ، فيطلق على المعنى المجازى •

ولذلك اتفق الصحابة على إعطاء بنات الابن ، فى الأحوال الثلاث السابقة التى ذكرناها للبنات الصلبيات ، إذا لم يكن للميت أولاد صلبيون قط ذكورا كانوا أو إناثا ، أو لم يكن للميت بنت ولا ابن ، واتفق الفقهاء من بعدهم على ذلك •

وعلى ذلك تكون لبنت الابن عند عدم وجود أولاد للميت مطلقا الأحوال السابقة مع حالين آخرين ، والأحوال كلها هى :

(أ) النصف إذا انفردت ، بشرط الا تكون بنت صلبية ولا ولد صلبى ، كما ذكرنا ، أيا كانت درجة بنت الابن ، أى سواء أكانت قربى ، أم كانت بعدى ، أى سواء أكان أبوها ابنا أو ابن ابن قريبا أو بعيدا بشرط ألا تكون هناك طبقة أعلى منها ، كبنت ابن ابن ، مع ابن ابن ، فإنها لا ترث لأنه أعلى منها ، فكان بالنسبة لها كالابن الصلبى •

(ب) أن تكون هناك اثنتان فأكثر ، فيكون لهما الثلثان ، بشرط ألا يكون هناك أولاد صلبيون •

وسواء أكان أبوهن قريبا أم كان بعيدا ، بشرط ألا يكون هناك أولاد ابن أعلى منهن ، فإن كان هناك أولاد ابن أعلى منهن ، فإن حكمهن يكون كحكم بنت الابن القريبة إذا كان هناك أولاد صلبيون،لأن منزلة أولاد الابن الأقربين من غيرهم ، كمنزلة الأولاد الصلبيين من غيرهم ، فإذا كان هناك بنتا ابن ابن ، وبنتا ابن ، كان الحكم كما لو كان هناك بنتان وبنتا ابن ، لأن النسبة بين بنتى الابن ، وبنتى ابن الابن كالنسبة بين البنتين ، وبنتى الابن ، فيثبت حكم هذه الحال لما يشبهها بمقتضى القياس الفقهى ، الذى يوجب تماثل الأحكام عند تماثل الأحوال •

(جـ) إذا كانت هناك بنت صلبية ، وبنت ابن أو بنات ابن ، قرب أبوهن أو بعد ، فإنه فى هذه الحال يكون للبنت الصلبية فرضها ، وهو النصف ، ويكون لبنات الابن السدس تنفرد به الواحدة ، ويشترك فيه الأكثر من واحدة ، وشرط هذه الحال ألا يكون هناك ابن ابن فى طبقات بنات الابن ، لأنه إن كان يكون نصيبهن معه للذكر مثل حظ الأنثيين كما سنبين فى الحال الآتية •

وكان نصيب بنت الابن السدس مع البنت الصلبية المستحقة للنصف ، لدليل من الأثر ، ودليل من القياس ، أما الأثر فهو ما روى أن عبد الله

ابن مسعود قال فى مسألة ميراث كان فيها بنت ، وبنت ابن ، وأخت شقيقة ، « أقضى بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم : لابنته النصف ، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين ، وما بقى فللأخت من الأب والأم ، فدل هذا الأثر على أن بنات الابن يأخذن السدس ، تنفرد به الواحدة ويشترك فيه الأكثر من واحدة ، وإذا كانت هناك بنت صلبية أخذت النصف ، وقد نسب ابن مسعود ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال إنه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وأما الدليل من القياس - فهو أن الشارع قد أعطى البنات الثلثين ، كما هو نص الآية الكريمة : « فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » وليس فى مثل هذه المسألة إلا بنت واحدة صلبية ، فتستحق النصف المنصوص عليه ، ولكن البنات لم يستغرقن ما خصص لهن فى حال اجتماع النساء فاعتبرت بنت الابن كبنت ، لأجل استيفاء الثلثين ، وأخذت السدس ليستغرقن الثلثين ، ولذلك يقال : هذا السدس تكملة للثلثين .

ويجب التنبيه هنا إلى أن بنت الابن البعيد بالنسبة لبنت الابن القريب ، كبنت الابن مع البنت - أى أن بنت الابن القريب تأخذ النصف ، وبنات الابن البعيد يأخذن السدس تنفرد به الواحدة - وتشترك فيه الأكثر من واحدة كما بينا من أن النسبة بينهما من حيث القرب إلى الميت واحدة ، فيكون الحكم واحدا .

(د) تكون بنت الابن عصبة إذا كان هناك ابن ابن فى طبقتها يعصبها فإذا كان مع بنت الابن — ابن ابن فى درجة واحدة ، سواء أكان آخاها أم ابن عمها ، فإنه يكون للذكر مثل حظ الانثيين ، كالشأن بالنسبة للبنات ، إذ ينطبق عليهن قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك ، وإن كانت واحدة فلها النصف » وكان انطباق هذه الآية لأنهم أولاد مجازيون ، فيعطون حكم الأولاد الحقيقيين ، كما بينا فى صدر الكلام .

ويقول الفقهاء أن ابن الابن يعصب بنت الابن التى تكون فى درجته ، سواء احتاجت إليه ، أم لم تحتج إليه ، ومع عدم احتياجها إليه أنها كانت ترث لو لم يوجد معها كأن يكون هناك بنت ، وبنت ابن ، وابن ابن ، فإنه

فى هـذه الصورة لو لم يكن معها ابن ابن لكانت تأخـذ السدس تكمله للثلثين ؛ فيقال أنها ما كانت محتاجه إليه فى الميراث . ولكنه يعصبها مع ذلك ، فيكون للذكر مثل حظ الانثيين ، ومعنى احتياجها أنها ما كانت ترث لولا وجوده ، كأن يكون فى المسألة بنتان ، وبنت ابن ، وابن ابن ؛ فإنها فى هـذه الحال ما كانت تأخـذ شيئا إذا لم يكن معها ؛ لأن البنات قـد استغرقن الثلثين ، فلم يبـق لهـا منهما شىء ، فاذا وجـد معها ابن ابن كانت عصبه به للذكر مثل حظ الأنثيين .

هـذا حكم ما إذا كان ابن الابن متحـد الدرجـة مع بنت الابن ؛ وإذا كان مختلف الدرجة ، فإن كان هـو أعلى منها فإنه يحجبها حجب حرمان . ولا يعصبها ؛ كما بينا . وإن كانت هى أعلى منه ؛ بأن كانت أقرب إلى الميت منه . فإن كانت لا ترث إلا بالتعصيب أى أنه لو لم يعصبها لا ترث فإنه يعصبها فى هـذه الحال ، كأن يكون فى المسألة بنتان وبنت ابن . وابن ابن ابن . فإنهـا تكون عصبة به للذكر مثل حظ الأنثيين . لأنها محتاجة إليه ؛ وإن كانت ترث من غير حاجة إلى التعصيب ، كأن تكون المسألة بنتا ، وبنت ابن ، وابن ابن ابن . فإنها لا تكون عصبة به . بل يكون لها السدس تكمله للثلثين . ويكون هو عصبة يأخـذ البـاقى(٦٥) .

---

(٦٥) يرى من هـذا أن جمهور الفقهاء جعلوا بنت الابن مع ابن الابن . كالبنات مع الابن فى حال ما إذا كن معه فى درجة واحـدة . وإن تفاوتت الدرجات حكموا بأنهن ينتفعن من ابن الابن إذا كان دونهن فى الدرجة . وجعلوهن بمنزلة من يكن فى درجته إن احتجن إليه ، وعلى هـذا الرأى عامة الصحابة والتابعين ، ولكن روى عن ابن مسعود أنه قال : إذا كان بنات ابن وابن ابن فى درجتها من غير ان يكونوا أولادا صلبيين لا ذكورا ولا إناثا تكن عصبة به للذكر مثل حظ الانثيين . وإن كانت هناك بنـات صلبيات ، فإن كانت واحـدة وكان مع بنت الابن ابن ابن تأخـذ ابخس القـدرين السدس أو التعصيب ، فاذا كانت بنات الابن اثنتين ، مـع ابن ابن واحـد اخذتا السدس ، لأنه أبخس القـدرين . إذ بالتعصيب يأخـذن الربع ؛ وإن كانت البنات الصلبيات أكثر من واحـدة واستحققن الثلثين حجبن بنات الابن حجب حرمان فلا يعصبهن ابن ابن ولو كان فى درجتهن ، وذلك لأن بنات الابن لو انفردن مع البنتين ما اخـذن شيئا ، لأنهن محجوبات . وابن الابن لا يزيل ذلك الحجب ولو كان فى درجتهن . ولأن النساء اللاتى يصرن عصبة بالغير يكن أصحاب فروض من غير وجود الذكر الذى يعصبهن ، وما كن كذلك قبل وجوده ، ولأن التعصيب الغرض منه الا تزيد الأنثى عن الذكر ، فجعل لتستمر النسبة لا لتستفيد الأنثى ، فكان من اللازم الا يأخـذن اكثر من السدس قط عند أخـذهن السدس والا يأخـذن شيئا إن كانت بنتان » .

وقد توجد حال يعصب ابن الأبن من هى فى درجته ، ومن هو أعلى منه كأن تكون المسألة هكذا : بنتان ، وبنت ابن ، وبنت ابن ابن ، وابن ابن ابن فإنه يعصب العليا ، لأنها احتاجت إليه ، ويعصب من هى فى درجته ، لأنهما يجتمعان فى درجة واحدة ، فيكون الثلاثة عصبة للذكر مثل حظ الأنثيين(٦٦) •

(هـ) الحال الأخيرة هى حجب بنات الابن ، فيحجبن حجب حرمان بوجود الابن ، وكذلك بوجود ابن ابن أعلى منهن ، فإذا كان للمتوفى بنت وابن وبنات ابن لا يأخذن شيئا لوجود الابن ، وكذلك إذا كان للميت ابن ابن وبنت ابن ابن ، فإنها لا تأخذ شيئا لوجود ابن ابن أعلى منها ، وذلك لأن شرط ميراث أولاد الابن الا يكون هناك أولاد صلبيون ، لأنهم يرثون بوصف كونهم أولادا مجازا ، ولا يتحقق ذلك المجاز ما أمكنت الحقيقه ، فلا يستحقون عند وجود الابن شيئا ، وأخذت بنت الابن مع البنت لعدم استغراق البنت كل التركة ، أما إذا كان هناك ابن ذكر ، فإنه مع أصحاب الفروض يستغرق كل التركة فلا يبقى شيء من بعده •

وابن الابن بالنسبة لمن دونه فى الدرجة كبنت ابن ابن — بمنزلة الابن ، فيحجبها بالقياس على الابن(٦٧) •

هذا ويلاحظ أن الابن أو ابن الابن إذا كان به مانع من موانع الإرث لا يحجب بنت الابن ، ولا يحجب غيره حجب حرمان ، ولا حجب نقصان لأن الممنوع ويسمى المحروم يعد فى حكم المعدوم عند جمهور الفقهاء ، فلا يؤثر فى نصيب غيره بالحجب ، لا حجب حرمان ولا حجب نقصان على ما هو مقرر •

---

(٦٦) تعصيب ابن الابن الأدنى لمن أعلى منه من بنات الابن هو قول المتقدمين من فقهاء الحنفية . وقال بعض المتأخرين لا يعصب الأسفل العليا قياسا على البنت مع ابن ابن ، فإنه لا يعصبها قط ، فكذلك بنت الابن مع ابن ابن الابن .

(٦٧) هذا المسلك ، وهو ان الابن يحجب كل أولاد الابن والبنت لا تحجبهن ، بل يأخذن منها إما السدس وإما الباقى للذكر مثل حظ الانثيين هو مسلك الجمهور ، اما الشيعة الإمامية فإن البنت عندهم تحجب اولاد الابن ، لأنها من الطبقة الأولى . واولاد الابن من الثانية ولا يأخذ احد من الطبقة الثانية ما بقى واحد من الأولى ، وعلى ذلك تأخذ عندهم البنت النصف فرضا ، والباقى ردا ، ولا شيء لمن يعصبها .

ميراث الأخوات الشقيقات

١٠٦ — تسمى الإخوة الأشقاء والأخوات أولاد الأعيان لقوة قرابتهم من الميت ، لأنهم يشتركون معه فى الأب والأم ، فكأنهم من ذاته وعينه ، ونتكلم هنا عن أحوال الأخوات ، ونذكر ما يتصل بها من أحوال الإخوة •

وأحوال الأخوات الشقيقات خمس على ما يذكره الفرضيون •

أولاها — أن تأخذ الواحدة منهن النصف ، وذلك إذا انفردت ، ولم يكن ثمة من يحجبها ، وثبت ذلك الفرض بالنص القرآنى ، وهو قوله تعالى :

« يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ، إن امرؤ هلك ليس له ولد ، وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ، وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » ، فالفقرة الأولى من الآية الكريمة تدل على حكم هذه الحال وهى النصف ، وقد اتفق العلماء أن الكلالة هنا تشمل الأشقاء ولأب ، ولا يدخل فى عمومها أولاد الأم ، لأن قوله تعالى : « إن كان رجل يورث كلالة أو امرأة ، وله أخ أو أخت » إلخ • خاصة بأولاد الأم كما فسر الصحابة عن النبى صلى الله عليه وسلم •

الحالة الثانية — أن الأكثر من واحدة يأخذن الثلثين كما ورد فى الآية الكريمة ، بيد أن الآية قد تعرضت لحكم الاثنتين • ولم تبين الأكثر من اثنتين ، ونقول أنه قد فهم من الآية التى تبين نصيب الأولاد ، وهى قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » لأنه إذا كانت البنات الثلاث فأكثر وقرابتهن بالمتوفى أكثر من الأخوات لا يأخذن إلا الثلثين ، فبالأولى الأخوات الشقيقات لا يأخذن قط أكثر من الثلثين •

ومن هذا يتبين أن آية الأخوات حذف منها ما يفهم ضمنا من آية البنات ، وآية البنات حذف منها ما يفهم من آية الأخوات ، وهذا هو الإيجاز الوافى •

الحال الثالثة — أن يكون مع الأخت الشقيقة أو الأخوات الشقيقات أخ

شقيق • فيكون لهن معه الباقى ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، أى أنهن يصرن عصبة به : وهـذا هو ما جاءت به الفقرة الثانية من الآية الكريمة التى تلوناها •

الحال الرابعة — أن تكون الأخت الشقيقة أو الأخوات الشقيقات عصبة مع الغير ، وذلك يكون إذا كان ثمـة أخت شقيقة أو أخوات شقيقات ، وليس معهن أخ شقيق • وكان الميت قـد ترك فرعا وارثا مؤنثا ، فإن الفرع الوارث يأخـذ فرضه ، والأخت الشقيقة أو الأخوات الشقيقات يأخـذن الباقى على أنهم عصبة • فإذا كان المتوفى قـد ترك بنتا . وبنت ابن ، وأختا شقيقة • فإن البنت تأخـذ النصف وبنت الابن تأخـذ السدس على ما قـدمنا ، والأخت الشقيقة تأخـذ الباقى ، وإن كان مكانها أخوات شقيقات اشتركن فيه ، وهـذا ما افتى به عبد الله بن مسعود ، وقيل إنه قضـاء رسول الله صلى الله عليه وسـلم(٦٨) •

وفى هـذه الحال تعتبر الأخت الشقيقة كأنها أخ شقيق من كل الوجوه . فتشترك مع الجـد فى التعصيب على ما سنبين فى أحوال الجـد ، وتحجب الأخ لأب كما لـو كان هناك أخ شـقيق • وكذلك تحجب الأخت لأب ، وابن الأخ الشقيق . وهكذا سائر العصبات من بعـد •

الحال الخامسة — من أحوال الشقيقات أن يحجبن حجب حرمان • ويحجبهن

---

(٦٨) خالف مذهب ابن مسعود الذى اختاره الأئمة الأربعة وجمهور الفقهاء — الشيعة الإمامية والظاهرية • فأما الإمامية ، فلأنهم يعتبرون البنت كالابن ، ولا يرث الإخوة ما دام هناك فروع للميت وذلك بناء على قاعـدتهم التى ذكرناها آنفا ، من إن البنت كالابن على سواء وأن الفروع مقـدمون على الحواشى •

وأما الظاهرية فقـد أخـذوا بفتوى عبد الله بن عباس التى تقول أن الأخت شقيقة أو لأب لا تكون عصبة بانفرادها قط ، لأن شرط ميراث الأخوات المنفردات ألا يكون ولد ، لقوله تعالى : « قل الله يفتيكم فى الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهـو يرثها إن لم يكن لهـا ولد » فاستحقاقها إنما يكون إن لم يكن ولد لا مذكر ولا مؤنث ، ولقـد جاء فى المبسوط عن أبى مسلمة بن عبد الرحمن قال : سألت ابن عباس رضى الله عنه عن فريضة ابنة • وأخت فقال : للابنة النصف . ولا شىء للأخت ، فقلت قـد كان عمر رضى الله عنه يقول للابنة النصف وللأخت ما بقى ، فغضب وقال : أأنتم اعلم أم الله ، قال الله تعالى : « إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت » وترى من هـذا ان ابن عباس يفسر الولد بمـا يشمل الذكر والأنثى ، والجمهور يفسرونه بالابن لمـا رواه ابن مسعود ، ومثله رواه معاذ ، وبمثله كان يقضى عمر من غير نكير من احـد .

الأب ، والفرع المذكر بالاتفاق ، أما الأب فلأنهن يدنين به ، ومن المقرر فقهـا أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث ، ولم يستثن من هذه القاعـدة آلا أولاد الأم ، لأنهم يرثون مع وجود الأم . مع أنهم يدلون إلى الميت عن طريقها ، وكان الاستثناء لعموم نص الآية ولإجماع فقهاء المسلمين على ذلك بعـد إجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ، وتكرر قضاء عمر رضى الله عنه بذلك من غير نكير من أحـد •

وأما حجب الفرع المذكور للأخوات الشقيقات والإخوة : فلأن القرآن الكريم فى النص الذى أثبت ميراثهم : قيده بألا يكون له ولد ، وفسروه بكونه مقصوراً على الفرع من الذكور المنسوب لنمتوفى - وبأن يكون الميراث فى حـال الكلاله . وذلك إذا لم يكن فرع وارث ولا أب •

واختلف العلماء فى حجب الجـد للإخوة الأشقاء . والأخوات الشقيقات ، فقال أبو حنيفة أنه يحجبهم ، لأن شرط ميراث الإخوة أن يكون ميراث كلالة ، والكلالة من ليس له أصل مذكر ولا فرع ، لأن الجـد أب عند عـدم وجود الأب ؛ ولأن قضاء كثير من الصحابة على ذلك - وكان العمل قبل قانون المواريث على ذلك الرأى •

وقال الصاحبان مع جمهور الفقهاء أن الجـد لا يحجب الشقيقات والأشقاء . ولا الإخوة لأب ، لأنه لا يدخل فى الكلالة ، ولأن الأكثرين من الصحابة كانوا يورثون الأشقاء ولأب معه ، وسنبين ذلك الموضوع كاملا عند الكلام فى ميراث الجـد ، كما سنبين عند ذلك ما عليه العمل •

١٠٧ ــ وهناك حالتان لا ترث فيهما الأخت بمقتضى الأحكام السابقة مع أنه لا حجب ، أى لا يوجـد أب ولا فرع مذكر ، وهاتان الحالتان هما :

١ ــ إذا كانت عصبة بالغير أو مع الغير الفرع الوارث ، واستغرقت الفروض التركة كلها ، ولم يبق للعصبة شىء ؛ لأخـذ الفرع الوارث الثلثين مع فرائض أخرى واستغراق التركة كلها • وذلك كأن يترك المتوفى زوجا وبنتين ؛ وأما وأختا شقيقة ، فإن البنتين تأخـذان الثلثين ، والزوج يأخـذ الربع ؛ والأم تأخـذ السدس ، فتكون المسألة عائلة[٦٩] ؛ ولا يبقى شىء للعصبة ، فلا تستحق شيئا ، ولو كان معها أخ شقيق يعصبها •

---

(٦٩) المسألة العائلة هى التى تزيد فيها انصبة أصحاب الفروض على الواحـد الصحيح ، كأن يكون هناك زوج وأم ، واربع اخوات شقيقات ، فإن الزوج يستحق =

والثانية — ألا يكون هناك فرع وارث ، ولكنها عصبة بأخيها أو إخوتها ، واستغرقت الفروض التركة ، مثالها ان يكون أخ شقيق ، وأخت شقيقة ، وأخوان لأم ، وأم ، وزوج ، فإنه فى هـذه الحال يكون للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللأخوين لأم الثلث ، ولا يبقى شىء للأخت الشقيقة وأخيها ، لاستغراق الفروض للتركة كلهـا .

وفى المذهب الحنفى لا تأخـذ الأخت ولا أخـوها شيئا فى هـذا الحال ، وكان هـذا هو المعمول به قبل قانون الميراث ، فلمـا جاء ذلك القانون اختار الرأى الآخر ، وهـو أن الإخوة الأشقاء يأخـذون مـع الإخوة لأم باعتبار أن الجميع من أولاد الأم ، إذا لم يستحق الأشقاء شيئا بالتعصيب ، وفى هـذه الحال يشترك أولاد الأم فى الثلث ، على أن يكون الذكر مساويا للأنثى ، كما هـو الشأن فى ميراث أولاد الأم ، ففى الصورة السابقة يقسم الثلث بين أربعة ، بدل أن يقسم بين اثنين ، وتكون القسمة متساوية .

ويلاحظ أن هـذه المسألة وتسمى المشتركة التى يلغى فيها اعتبار الأب بالنسبة للأشقاء ، ويأخـذون كأولاد الأم يجب لتحققها توافر أمرين :

(أحدهما) ألا يكون ميراث الأشقاء بالفرض ، بل بالتعصيب ، لأنه لا يتحقق عـدم الأخـذ إلا بذلك ، وتثبت ولو كان العصبة أشقاء فقط ، وليس فيهم شقيقة ، ويكون استحقاقهم فى هـذه الحال على وجه أنهم من أصـحاب الفروض ، وإن لم يعـدوا من بينهم ، لأنهم يرثون كإخوة لأم .

(وثانيهما) ألا يستحق الأشقاء شيئا قط ، فلو كانوا يستحقون شيئا ولو قليلا فإنهم لا يأخـذون شيئا بوصف كونهم إخوة لأم ، ولو كان هؤلاء يأخذون أكثر منهم .

١٠٨ — والخلاف بشـأن المسألة المشتركة مشهور بين الصـحابة وبين التابعين ، ومن جاء بعـدهم من الفقهاء المجتهدين ، ولقـد قضى عمر رضى الله

= النصف والأم السدس ، والأخوات يأخـذن الثلثين ، فلو فرض أن أصل المسألة (٦) وهو المضاعف البسيط بين مقامات الكسور يكون للزوج ثلاثة أسهم وللأم سهم وللاخوات أربع ، فتعول المسألة إلى ثمانية ، وحينئذ تقسم التركة على عـدد السهام العائلة ولا تقسم على أصـل المسألة ، فينقص من نصيب كل وارث بمقـدار عـدد السهام الزائدة .

عنه فيها قضاءين مختلفين ، فقضى أولا بعدم إعطاء الأشقاء شيئا . وقضى ثانيا ، بإعطائهم كأولاد الأم ؛ وألغى اعتبار الأب ؛ وهذا آخر قضائه ؛ وبعد رجوعا عن الأول ؛ ولهذا نقول أن رأى عمر هو اعتبار الأشقاء فى هذه المسألة كأولاد الأم .

ولقد روى عن ابن مسعود كذلك روايتان . أظهرهما نفى التشريك بين الأشقاء وأولاد الأم .

وإن رأى أبى حنيفة وأصحابه وأحمد هو نفى التشريك ومذهب مالك والشافعى إثبات هذه الشركة بين الأشقاء وأولاد الأم .

وحجة الرأى الأول أن أعطى كل ذى حق حقه ؛ وجعل لكل فرض سببا ووصفا ثابتا ، ولا يصح إعطاء فرض لمن لا يقوم به سببه ، ولا يتحقق فيه وصفه . فجعل الثلث الذى فرض للإخوة لأم لهم وللأشقاء معهم مخالف لما نص عليه القرآن . لعدم تحقق السبب الذى جعل أساسا للفرض . ولأنه لأجل إعطائهم كأولاد يجب إلغاء اعتباره قرابة الأب . وإلغاء القرابة الثابتة لا يتفق مع الحقائق الشرعية ، ولأن نقلهم من الميراث بالتعصيب إلى الميراث بالفرض نقل من الأقوى إلى الأضعف ؛ وذلك ليس بمعروف فى الشرع ؛ ولذلك لم يمكن إشراك الإخوة لأب عند عدم بقاء شىء لهم وأخذ أولاد الأم مع أن قرابتهم أقوى ؛ فيكون مثلهم الأشقاء ، ولأن الإعطاء يكون بنص ولا نص وحسب هذا الرأى أنه أظهر الروايتين ، عن ابن مسعود ، وأن عمر أخذ به زمانا ؛ وأنه إحدى الروايتين عن زيد .

وحجة الرأى الثانى أن الأشقاء لهم صفتان : إحداهما أنهم أولاد الأم ؛ والثانية أنهم أولاد الأب ؛ وباعتبار الثانى كانوا عصبة ؛ وغلب على الاعتبار الأول لأنه الأقوى ، والأضعف يذهب اعتباره بجوار الأقوى ؛ ولكن لما لم يبق شىء باعتبار التعصيب ، صار هو الأضعف عملا . فغلب عليه الجانب الآخر ، لأنه صار الأقوى ، ولا يقاس على الأشقاء الإخوة لأب . لأنهم ليس لهم إلا وصف واحد ؛ فإذا لم يعطهم شيئا فلا سبيل لأن يأخذوا بأى طريق آخر ، إذ لا يعدون بحال من الأحوال من أولاد الأم .

ولا شك أن الرأى الثانى أقوى دليلا وهو أشبه بالاستحسان ، والأول أشبه بالقياس . إذ أن القياس الظاهر أدى إلى ألا يأخذ أولاد الأب شيئا ،

وهــذه نتيجة بلا شك لا تحسن فى نظر الناس ، وفى المنطق الشرعى ، فأعمــل القياس الخفى ، وهو الوصف المشترك بينهم وبين أولاد الأم ، فورثوا بهــذا الاعتبار ، وليس لأحــد أن يجادل فى تحقق هــذا الوصف •

مــيراث الأخــوات لأب

١٠٩ — لأجــل أن يعرف ميراث الأخوات لأب مــع دليله والأصل الذى يقوم عليه ميراثهم نذكر ثلاثة أمور تبين الأساس الذى قام عليه ميراثهن •

أولها — أن قوله تعالى : « إن امرؤ هلك ليس له ولد ، وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ، وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » — ينطبق على الأخوات لأب ، كما ينطبق على الأخوات الشقيقات ، ولكن عند التطبيق يقدم الأشقاء لقــوة القــرابة •

ثانيها — أن الإجماع قــد انعقد فى عصر الصحابة ومن جاء بعــدهم على أن الإخوة لأب ، والأخوات لا يأخــذون شيئا ما دام ثمة أخ شقيق ، وأنهم فى حال عــدم وجود الأشقاء يكون شأنهم فى الميراث ، كشأن الأشقاء عند وجودهم ، وقــد حكى ذلك الإجماع الإمام مالك رضى الله عنه ، فقد قال فى الموطــأ :

الأمر المجتمع عليه عندنا أن ميراث الإخوة للأب إذا لم يكن أحد من بنى الأب والأم كمنزلة الإخوة للأب والأم سواء ذكرهم كذكرهم ، وأنثاهم كأنثاهم إلا أنهم لا يشركون مع بنى الأم فى الفريضة التى شركهم فيها بنو الأب والأم ، لأنهم خرجوا من ولادة الأم •

ثالثها — أن الأخوات لأب هن بالنسبة للأخت الشقيقة بمنزلة بنت الابن مع البنت الصلبية ، أى أن الأخت لأب لا تأخــذ السدس تكملة للثلثين ، إذا كانت أخت شقيقة منفردة استحقت النصف ، وأن الأخ الشقيق يحجبهن كما يحجب الابن بنات الابن ، وأنهن لا يأخــذن شيئا إذا كانت ثمــة أخوات شقيقات أخــذن الثلثين كما لا تأخــذ بنت الابن شيئا إذا كان معها بنتان أو أكثر ، إلا إذا كان معها من تكون عصبة به •

١١٠ — وعلى هـذا تكون أحـوال الأخت لأب ستا ، هى :

الحالة الأولى — أن تأخـذ النصف إذا انفردت ، ولم تكن ثمه أخت شقيقه ، ولم يكن من يحجبها ، وذلك لأنها قائمه فى هـذه الحالة مقام الأخت الشقيقة ، وقـد علمت أن الإجماع قـد انعقد على أن أولاد الأب إذا لم يوجـد الشقيقات يكونون كالأشقاء ، ذكورهم وإناثهم .

الحالة الثانية — أن يأخـذ الأكثر من واحـدة الثلثين إذا لم يوجـد أيضا أخوات شقيقات ، ولا من تحجبهن لسبب السابق . والدليل الذى سقناه فى صـدر كلامنا ، وهـو النص القرآنى ، فهو ينطبق على أولاد الأب كما ينطبق على الأشـقاء .

الحالة الثالثة — أن تكون الأخوات لأب عصبه بالغير مـع الأخ لأب(٧٠) للإجماع الثابت الذى حكاه الإمام مالك رضى الله عنه من أن الإخوة لاب تكون حالهن كحال الأشقاء إن لم يكن اشقاء ، وهى تأخـذ معـه للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولو كانت هناك اخت شقيقة أو أخوات شقيقات أخـذن فرضهن ، ولو كان هناك أخ شقيق لحجبهن جميعا ، إذ يكون بمنزلة الابن مع ابن الابن .

الحال الرابعة — أن تكون عصبة مع الغير ، وذلك إذا كان هنك فرع وارث مؤنث ، بنت أو بنت ابن ، أوهما معا ، فإن الفرع الوارث المؤنث ياخـد فرضه مع أصحاب الفروض إن كان ، والباقى يكون للأخت أو الأخوات لأب وشرط هـذه الحال الا تكون أخت شقيقة ، وألا يكون أخ لأب ، لأنه لو كان تكون عصبة به ، ولا تكون عصبة مع الغير .

الحال الخامسة — أن تأخـذ السدس تكملة للثلثين ، وذلك إذا كان ثمـة

---

(٧٠) هـذا هو ما عينه جمهور الفقهاء ، وكان عليه جمهور التابعين ، وجمهور الصحابة قبلهم ، وقـد خالف فيه ابن مسعود كما خالف فى تعصيب ابن الابن لبنت الابن ، فجعل نصيب الاخوات لأب مع الأخ لاب عند وجود الاخت الشقيقة اقل النصيبين السدس أو التعصيب ، فإذا كان الأول هو الأقـل اخـذنته ، وإلا فالثانى ، وإن كان هناك اختان شقيقتان أو اكثر قـد اخـذن الثلثين ، فإنه لا تأخـذ الأخت لأب شيئا ، ولو كان معها اخ لأب ، لأن نظرية ابن مسعود فى تعصيب الذكر للأنثى لمنع زيادتها عنه أو مساواتها له ، وليس لفائدة الانثى ، ولذلك لا تحسن حالها بوجوده ، بل قـد تسوء ، وقـد وجهنا ذلك عند بيان رأيه فى بنات ابن مع ابن الابن .

أخت شقيقة استحقت النصف . فتأخذ الأخت لأب أو الأخوات لأب السدس تكملة للثلثين . لأن الأخوات نصيبهن الثلثان ، فإذا استحقت منه الأخت الواحدة النصف فإن السدس تأخذه الأخت لأب ، ليستوفى الأخوات ما فرض لهن ، وقياسا على بنات الابن مع البنت . وقد ثبت ميراث بنات الابن السدس تكملة للثلثين بالأثر الذى قال فيه ابن مسعود أنه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم .

الحال السادسة — وهى الأخيرة ان يحجبن ، ويحجبهن من يأتى :

(أ) الأب . لأنهن يدلين به ، ومن المقرر أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث إلا أولاد الأم على ما قررنا فى موضعه .

(ب) الفرع الذكر . لأن ميراثهن على وجه أن المتوفى مات كلالة ، وذلك يقتضى انهن لا يرثن مع وجود الفرع الذكر مطلقا ، لأنه لا يعتبر الميت مع وجوده كلالة مطلقا .

(جـ) الأخ الشقيق لأن الأخ الشقيق لهن بمنزلة الابن لبنات الابن . كما قررنا ، ومثل الأخ الشقيق الأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع الغير إذ تصير كالأخ الشقيق .

(د) الأختان الشقيقتان إذا استغرقن الثلثين ، ولم يكن مع الأخت لأب من يعصبها ، فإنها فى هذه الحال لا تأخذ فرضا ، ولا تأخذ تعصيبا ، لاستغراق الأخوات الشقيقات الثلثين . وعدم وجود أخ تكون عصبة به ، فتكون محجوبة . أو فى حكم المحجوبة .

هذا ويلاحظ أنه عندما تكون الأخت لأب عصبة مع الغير تكون كالأخ لأب ، فتحجب من يليها من العصبات ، كما يحجب الأخ لأب من يليه كذلك ، وذلك بالقياس على الأخت الشقيقة . عندما تكون عصبة مع الغير(٧١) .

---

(٧١) قد بينت ميراث الأخوات الأشقاء والأخوات لأب فى غير حال التعصيب المادة (١٣) وهذا نصها :

(أ) للواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف ، وللاثنتين فأكثر الثلثان .

(ب) وللأخوات لأب فرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة ، ولهن واحدة أو اكثر السدس مع الأخت الشقيقة . هذا نص المادة ١٣ وقد تركت حال التعصيب بالغير ومع الغير للمادة ١٩ ، ٢٠ . وتركت حالات الحجب لمواد الحجب .

مـيراث الأب

١١١ ـ الأب قـد يكون عصبة بنفسه ، وقـد يكون صاحب فرض . ولقد بينا أصحاب الفروض السابقين قبله ، لأن بعضهم أصحاب فروض فقط ، وبعضهم قـد يعرض لهم التعصيب ، ولكن لا بأنفسهم بل بغيرهم أو مع غيرهم . فالأصل فى أنصبتهم الفرضية ، أما الأب فإن التعصيب لا يكون عارضا له ، بل هـو ثابت له بالابتداء ، كما يثبت له الفرض بابتداء ، ولكل حال . وقـد يجتمعان فيرث بالفرض ، والتعصيب معـا .

والأصل فى ميراثه هـو والأم قوله تعالى : « ولأبويه لكل واحـد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ، فإن لم يكن له ولد . وورثه أبواه فلأمه الثلث . فإن كان له إخوة فلأمه السدس من بعـد وصية يوصى بها أو دين » ولم يذكر فى هـذا المقام نصيب الأب ، فاقتضى أن يكون له الباقى بعـد آخـذ الأم نصيبها هى ومن يكون معها من أصحاب الفروض كأحـد الزوجين وقـد تبين أنه عندما يكون أولاد يكون للأب والأم كل واحـد منهما السدس ، وعلى هـذا الأصل يكون للأب ثلاث أحوال .

الحال الأولى ـ أن يستحق فرض السدس فقط . وذلك إذا كان هناك فرع وارث مذكر . وهـذا ثابت من الجزء الأول من النص الكريم السابق ففيه التصريح بأنه إذا كان هناك ولد يكون لكل واحـد من الأب والأم السدس . وما دام الولد ابنا . فانه سيكون العصبة . وعلى ذلك لا يستحق الأب شيئا بالتعصيب .

الحال الثانية ـ أن يستحق بالتعصيب فقط . وذلك إذا لم يكن هناك فرع وارث مطلقا ، لا مذكر ، ولا مؤنث ، وهـذا ينطبق عليه الجزء الثانى من النص الشريف الذى تلوناه آنفا . وهو « فإن لم يكن له ولد وورثة أبواه فلأمه الثلث » فإن التصريح بنصيب الأم يفيد أن الباقى للأب ، وقـد ذكر أنه وارث فـلا يرث سـواه .

الحالة الثالثة ـ أن يأخـذ بالفرض والتعصيب معا ، فيأخـذ السدس فرضا ويأخـذ الباقى لأنه عصبة ، وذلك عند وجود الفرع الوارث المؤنث ، أما استحقاقه السدس فلقوله تعالى بعـد بيان نصيب الأولاد ذكورا وإناثا « ولأبويه لكل واحـد منهما السدس » فإنه أعطاه السدس عند وجود الأولاد ذكورا كانوا أو إناثا ، ولكن عند وجود الذكور لا يستحق سوى السدس ، لأن

الباقى سيكون لذلك الذكر مع من يتعصب به من البنات ، وأما عند وجود البنات من غير ابن ذكر ، فإنه سيأخذ السدس ؛ ولا أحد يأخذ الباقى أولى منه . فيأخذ الباقى لذلك الاعتبار لقوله صلى الله عليه وسلم : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر » والأولى عند عدم وجود فرع وارث مذكر ، هو الأب . لما سنبين من أن الذين يلون جهة الفروع فى التعصيب هم جهة الأصول وأولهم الأب - إذ كل من يكون عصبة منهم يكون هو طريقه .

هذا ويلاحظ أنه فى الحال الأخيرة ربما لا يكون باق ، فيقتصر على السدس كأن يكون هناك زوجة ، وبنتان وأم وأب ؛ فإن الزوجة ستأخذ الثمن ، وللأم السدس ؛ ومثلها الأب - وللبنتين الثلثان ، ولا يبقى بعد هذه الفرائض شىء من التركة ، بل إن المسألة تكون عائلة ؛ أى زادت السهام فيها عن أصل التركة ، أو بعبارة أوضح زاد مجموع الكسور عن الواحد الصحيح .

ويلاحظ أيضا أن الأب - كالأم والأولاد الصلبيين والزوجين — لا يحجب حجب حرمان قط ، ولكنه يحجب غيره ، فكل الإخوة والأخوات يحجبون به أيا كانوا ، كما يحجب كل من يدلى إلى الميت بطريقه ، كأبى الأب ، وأم الأب وهكذا .

ميراث الأم

١١٢ — الأم لا تكون إلا صاحبة فرض ، ولا تكون عصبة قط ، لأنه لا يوجد من يعصبها ؛ ولقد أخرناها عن الأب لارتباطها باستحقاقه فى بعض أحوالها - كما سنبين ، والأصل فى ميراثها النص الشريف الذى تلوناه فى ميراث الأب ، وهو قوله تعالى : « ولأبويه لكل واحد منهما السدس » إلخ الآية الكريمة ، وعلى ذلك تكون أحوال الأم ثلاثا :

أولاها — أن تأخذ السدس وذلك فى صورتين :

(آ) أن يكون هناك فرع وارث مطلقا سواء أكان ذكرا أم كان أنثى ، لصريح الآية التى تلوناها .

(ب) أن يكون هناك جمع من الإخوة أو الأخوات ، اثنان فأكثر ، لقوله تعالى : « فإن كان له إخوة فلأمه السدس » فصريح ذلك النص الكريم يفيد ذلك الاستحقاق ، وأقل الجمع كما هو مقرر هو اثنان ، والأم تستحق السدس

سواء أكان الأخوات لأب أو لأم - أم أشقاء . فإذا كان للمتوفى زوج . وأم وأخوان لأم ، فإن الزوج يأخذ النصف . والأم السدس والأخوان لأم الثلث . وإذا كان للمتوفى زوجة : وأم : وأخت شقيقة . وأخ لأب وأخت لأب فإن الزوجة تأخذ الربع والأم السدس . والأخت الشقيقة النصف . والباقى للأخ لأب والأخت لأب للذكر مثل حظ الأنثيين . وهكذا فى كل الأحوال التى يكون فيها اثنان فأكثر من الإخوة أو الأخوات ــ تستحق الأم فيها السدس .

الحال الثانية ــ من أحوال الأم : أن تأخذ ثلث التركة كلها فرضا : وذلك إذا لم يكن للمتوفى فرع وارث : لا مذكر ولا مؤنث . ولا جمع من الإخوة ولم ينحصر الإرث بينهما وبين الأب وأحد الزوجين : واستحقاقها الثلث فى هذه الحال هو بنص الآية الكريمة : « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » فإذا كان للمتوفى أب وأم فقط فإن الأم تأخذ الثلث والأب يأخذ الباقى .

الحالة الثالثة ــ ألا يكون جمع من الإخوة والأخوات : ولا فرع وارث وينحصر الإرث بين الأب والأم وأحد الزوجين ، فإنه فى هذه الحال تأخذ الأم ثلث الباقى بعد أن يأخذ أحد الزوجين فرضه : وتسمى هذه المسألة الغراوية لشهرتها ، ولها صورتان :

(أ) أن يكون فى المسألة زوج وأم وأب : وترك تركة قدرها ١٢٠ ف مثلا فان الزوج يأخذ النصف .والأم ثلث الباقى بعد النصف : والأب يأخذ الباقى النهائى : فيستحق الزوج ستين فدانا ، وتستحق الأم عشرين فدانا ، ويستحق الأب أربعين فدانا .

(ب) أن يكون فى المسألة زوجة وأم وأب ، والتركة أيضا ١٢٠ ف مثلا ، فإن الزوجة فى هذه الحال تستحق الربع ، والأم تستحق ثلث الباقى بعد الربع والأب يستحق الباقى النهائى : وعلى ذلك تأخذ الزوجه ثلاثين فدانا . والأم ثلاثين مثلها : والأب يأخذ ستين فدانا .

والأصل فى ثبوت هذه الحال هو قضاء سيدنا عمر رضى الله عنه الذى وافقه عليه جمع من الصحابة ، ومنهم زيد بن ثابت ، وعبد الله بن مسعود ، وعثمان بن عفان وغيرهم ، وبهذا الرأى أخذ جمهور الفقهاء من بعدهم .

١١٣ — وحجته أن المعهود فى أحكام الشرع الإسلامى أنه حيث تتساوى درجة الرجل والمرأة يكون نصيبها غالبا على النصف من نصيبه . ولا يتأتى ذلك إلا إذا أعطيت الأم ثلث الباقى بعد نصيب أحد الزوجين ، ولو أنها أخذت ثلث كل التركة . لأدى ذلك إلى أن يأخذ نصفها عندما يكون أحد الزوجين هو الزوج . فإن الزوج يأخذ النصف والأم على هذا الفرض تأخذ ثلث الكل ويكون الباقى هو السدس ؛ وذلك غير معقول ، ولم يعهد فى أحكام الشارع أن يكون الرجل نصف المرأة مع تساويهما فى القرابة ؛ وإن ذلك بلا ريب يؤدى إلى مخالفة نص الآية الكريمة ومعناها ، وذلك لأن الآية تجعل الميراث عندما يكون للأبوين على أساس الثلث للأم والثلثين للأب ؛ فكانت النسبة بينهما مقدرة على هذا الأساس . فالفرض الذى يؤدى إلى أن يكون هو نصفها يكون مناقضا لتقدير النسبة التى قدرها الله سبحانه وتعالى .

وعلى هذا الأساس نقرر أن إعطاء الأم ثلث الباقى هو الذى يتفق مع معنى النص الكريم ، لأنه اعطاها الثلث ، وأعطى الأب الباقى ، عندما لا يكون أحد الزوجين ، فإن كان أحد الزوجين . فإن النسبة التى قدرها المولى سبحانه هى التى تكون . ولا تتحقق تلك النسبة إلا إذا أعطينا الأم ثلث الباقى بعد نصيب أحد الزوجين ، والأب الباقى النهائى .

١١٤ — هذا رأى الجمهور . وهذه حجته . وهناك رأيان آخران يخالفان رأى الجمهور .

أولهما — أن الأم لها ثلث التركة كلها ، ولو أدى ذلك إلى أن يأخذ الأب فى إحدى الصورتين نصفها . وهذا روى عن ابن عباس ، وروى عن على رضى الله عنه . وعن معاذ ؛ وأخذ به شريح القاضى ، واختاره الشيعة الإمامية والظاهرية ، وحجتهم أن النص الكريم ظاهر فى أنه إذا لم يكن فرع وارث . ولا جمع من الإخوة أو الاخوات يكون نصيبها الثلث ؛ ولا قياس مع ظاهر النص ، وإن النبى صلى الله عليه وسلم أمر أن تعطى الفرائض ، ثم يكون الباقى لأولى رجل ذكر . والذين قالوا أن لها ثلث الباقى ينتقصون من الفرائض ليكثروا من نصيب من لا يأخذ إلا بعد أن تؤخذ الفرائض كاملة .

وثانى الرأيين المخالفين — أن الأم تأخذ ثلث الكل إذا كان أحد الزوجين هو الزوجة ، وتأخذ ثلث الباقى إذا كان أحدهما هو الزوج ، وقد اختار

هـذا الرأى من التابعين ابن سيرين ، واختاره من الحنفية أبو بكر الأصم •

والأساس فى هـذا الرأى هو منع أن تأخـذ الأم ضعف الأب ، فحيث أدى أخـذها ثلث التركة كلها إلى أن تأخـذ ضعف الأب أنزلت من ثلث الكل إلى ثلث الباقى ، لأن هـذا يؤدى إلى معارضة معنى النص ، وحيث لا يؤدى أخـذت ثلث الكل الذى استحقه ، وهـذا فى الحقيقة وسط بين الرأيين ، أو هـو تلفيق حسن بينهما •

١١٥ — والأم لا تحجب حجب حرمان قط ، ولكنها تحجب حجب نقصان من الثلث إلى السدس فى حال وجود الفرع الوارث ، أو جمع من الإخوة(٧٢) ولو كانوا محجوبين ؛ لأنه من المقرر ان المحجوب قـد يحجب غيره والمحروم لا يمكن أن يحجب غيره •

ويعتبر إعطاؤها ثلث الباقى بعـد فرض أحـد الزوجين بدلاً من ثلث الكل حجبا أيضا ، وقـد علمت أنه يكون عند انحصار الإرث بين أحد الزوجين والأب والأم ، ولا ورثة من الفروع ، ولا جمع من الإخوة •

ويلاحظ أن ذلك لا يكون عند وجود الجـد بدل الأب ، فإن الأم مع الجـد تأخـذ ثلث التركة كلها ، ولا تأخـذ ثلث الباقى ، خلافاً لأبى يوسف رضى الله عنه ، فقد جعل الجـد كالأب فى هـذا المقام ، وسنبين ذلك عند الكلام فى ميراث الجـد •

ميـراث الجـد

١١٦ — المراد بالجـد هو الجـد الصحيح ، وهو الذى لا تتوسط بينه

---

(٧٢) روى عن ابن عباس بالنسبة لحجب الإخوة للأم أمران : (اولهما) أن الاثنين لا يحجبان الأم من الثلث إلى السدس لأن الاثنين عنده ليسا جمعا . والنص القرآنى عبر بالجمع ، وقـد احتج عليه بأن الاستعمال العربى يسوغ اطلاق اسم الجمع على الاثنين ، وقـد انعقد الإجماع على إرادة الاثنين فى ضمن الجمع فـلا يلتفت الى غيره •

(ثانيهما) أن الإخـوة إن كانوا محجوبين بالأب ، فإن السدس الذى نقصـوه من الثلث الذى حجبوا فيه الأم حجب نقصان لا يؤول إلى الأب ، بل يؤول إلى الإخوة انفسهم لأنه ليس من المعقول أن تنقص هى ويزيد هو بوجودهم ، وروى عنه انه ان كان الإخوة لأم أخـذوا الذى حجبوا عنه الأم لانه لا يصح ان يستفيد الأب من وجودهم . ولا صلة تربطهم به ، وإن كان الإخوة اشقاء أو لأب ، فإن الأب يؤول إليه السدس الذى حجبوا عنه الأم •

وبين الميت أنثى ، أيا كانت درجته ، ويقابله الجـد الفاسد . وهـو الذى تتوسط بينه وبين الميت أنثى •

والجـد الصحيح ينزل منزله الأب عند فقـده فى كثير من الأحكام الشرعية عند عـدم وجود الأب بالنسبة لأحفاده • فهو كالأب من حيث الولاية على النفس ومن حيث الولاية المـالية ، كالأب فى انه لا يقتل بولد ولده . وفى أن حليله كل من الجانبين تحرم على الآخر . وفى عـدم قبول الشهادة له ، وفى انه لا يجوز دفـع الزكاة إليـه •

فكان هـذا الاشتراك فى أحكام كثيرة سببا فى اعتباره كالأب فى الميراث ، غير ان جمله أقوال الفقهاء تدل على انه ليس فى قوته ، لأن الأب هو طريقه فى الإدلاء إلى المتوفى . فهو يستمد منه القوة فى الاتصال بالميت . وهو الاصل ، والجـد ملحق به . ولا يتساويان ، ولذلك افترقت أحكام قليلة للجـد عن الأب ، ولكن كثير من هـذه الأحكام موضع خلاف بين الفقهاء ، وبعض مواضع هـذا الخلاف اختار فيه قانون الميراث ما يخالف المذهب الحنفى •

ونبين ما جاء به القانون . ثم نبين بعـد ذلك فقه الموضوع ، ليعلم المصدر الفقهى للقانون •

١١٧ — الجـد إما أن يكون معه إخوة وأخوات . أشقاء أو لأب وإما الا يكون معه أحـد من هؤلاء •

فإن لم يكن معه أحـد من هؤلاء الإخوة أو الأخوات . فإنه يكون له ثلاث من الأحوال التى هى للأب تماما ، فلا تكون ثمة مخالفة بينهما فى هـذا الجزء من التـوريث •

أولاها — أن يكون فرضه السدس ، وذلك إذا كان للميت فرع وارث مذكر ، فإنه يكون الفرع عصبة ، إذ هو أولى رجل ذكر . وأقرب رجل إلى المتوفى ، فلا يأخـذ الجـد الفرض وهـو السدس •

وثانيتها — أن يكون هناك عصبة يأخـذ الباقى إذا لم يكن فرع وارث مطلقا لا مذكر ولا مؤنث . لأنه فى هـذه الحال يكون أولى رجل ذكر ، فيأخـذ الباقى لكونه عصبة •

والحال الثالثة — أن يأخـذ السدس فرضا ، والباقى تعصيبا ، وذلك إذا كان هناك فرع وارث مؤنث ، فيأخـذ السدس باعتباره صاحب فرض مع الفرع المؤنث ، ويأخـذ الباقى باعتباره أولى رجل •

١١٨ – والأصل الذى ثبت به ميراثه فى هـذه الأحوال قوله تعالى : « ولأبويه لكل واحـد منهما الثلث مما ترك إن كان له ولد . فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » .. إلخ وقوله صلى الله عليه وسلم « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر » .

وهو يسمى أبا مجازا عند عـدم وجود الأب الحقيقى ، ولذلك ينطبق عليه النص الكريم ، وهـو فى حال التعصيب أولى قريب ذكر ، وأقربهم ؛ وبهـذا الوصف كان عصبة دون سواه ما دام لا إخوة أشقاء ولا أب .

ولم ينزله جمهور الفقهاء منزلة الأب فى المسألتين الغراويتين . لأن إعطاء الأم ثلث الباقى ؛ لكيلا تكون أكثر من الأب ، ولكى تحفظ النسبة بينهما ؛ وقـد تساوت درجتهما . والجـد لم تتساو درجته مع الأم قط ، ولقـد روى عن أبى يوسف فى الإملاء أن للأم ثلث الباقى مع الجـد فى الموضع الذى يكون لها فيه ثلث الباقى مع الأب ، وقـد نسب ذلك القول إلى عبد الله بن مسعود . وحجة تلك الرواية أن الجـد كالأب بالنسبة للأم ، وهـو أب عند فقـده . وقـد كانت تستحق مـع الأب ثلث الباقى فى الغراوية فتستحق معـه ذلك الثلث أيضـا(٧٣) .

١١٩ – هـذه أحوال الجـد الثلاث إذا لم يكن معـه أشقاء ولا لأب ذكورا كانوا أو إناثا ، أما إذا كان معه هؤلاء ، فبمقتضى القانون القائم المعمول به لا يغير أبو الأب فى أنصبتهم شيئا ، فلا يحجبهم ، ولا يغير حالهم . بشرط ألا يؤدى ذلك إلى أن يأخـذ أقل من السدس ، فإن أخـذ أقل من السدس أعطى السدس .

وعلى ذلك إذا كان هناك أخوات شقيقات أو لأب يأخـذن بالفرض أخـذن فروضهن مع غيرهن من أصحاب الفروض ؛ وما بقى فهو لأبى الأب بشرط ألا يقـل عن السدس ، فإن قـل أخـذ السدس ، وإذا كان الإخوة أو الأخوات عصبة كان عصبة مع العصبة منهم كأخ ، إلا إذا أدى أخـذه كأخ إلى نقص نصيبه عن السدس ، فإنه يأخـذ السدس ، والباقى يكون للعصبة منهم ، إن كان قـد بقى شىء بعـده ، ولنضرب عـدة أمثلة توضح ذلك .

---

(٧٣) قـد روى عن عبد الله بن عباس انه إن كان جـد وزوجة وأم اخـذت ثلث التركة ، وان كان جـد وزوج وأم اخـذ الزوج النصف ، والنصف الآخر كان بينهما مناصفة وذلك لكيلا تزيد الأم عن الجـد ، ونصرته للميت كانت أقوى من نصرتها .

(أ) إذا توفى شخص عن جـد ، وأم ، وأخت شقيقة ؛ فإن الأم تأخـذ الثلث ، والأخت تأخـذ النصف ، والباقى يكون للجـد ، وهو السدس •

(ب) إذا توفى عن جـد ، وأخت لأب ، فإن الأخت تأخـذ النصف ، والجد يأخـذ البـاقى •

(ج) إذا توفى عن جـد صحيح ، وام ، وأخت شقيقه ، وأخت لأب ، فإن الام تأخـذ السدس ، والاخت الشقيقه تأخـذ النصف ، والاخت لأب تأخـذ السدس تكمله للثلثين ، والباقى يأخـذه الجـد ، وهو السدس •

وفى هـذه الصور الثلاث لا نراه قـد قل عن السدس فى التعصيب •

(د) وإذا كان جـد ، وبنت ، واخت شقيقه ، وأخت لأب فإن البنت تأخذ النصف ، والاخت الشقيقة تكون عصبه لوجود الفرع الوارث المؤنث ، فيكون الجد معها كأخ شقيق ، فيكون للذكر مثل حظ الانثيين ، والأخت لأب محجوبة بالاخت الشقيقه ، لانها لمـا كانت عصبة مع الفرع الوارث صارت كأخ شقيق فتحجب الاخت لاب ، والجـد هنا سيكون نصيبه الثلث ، فهو لا يقل عن السدس •

(هـ) إذا كان جـد ، وأم ، وأخت شقيقه ، وأخ لاب وأخت لاب ؛ فإن الام تأخـذ السدس و الاخت الشقيقه تاخـذ النصف ، والأخ لاب واخته عصبه فلو كان الجـد عصبة معهم يكون نصيبه أقـل من السدس ، إذ سيكون الثلث مقسوما على خمسه ، اثنان منه للجـد ، وهما اقـل من السدس ، فيعطى السدس ، والباقى يكون بين الأخ لأب والأخت لأب للذكر مثل حظ الأنثيين •

(و) وإذا كان قـد توفى عن زوجة ، وبنتين ، وأم ، وأخت شقيقة ، فإنه فى هـذه الحال يكون للزوجه الثمن ، وللبنتين الثلثان ، وللأم السدس ، ولـو أخـذ الجـد بالتعصيب مع الاخت الشقيقة فإنه يأخـذ أقـل من السدس ، فيأخـذ السدس وتكون الاخت عصبة وحـدها ، ولكن لا يبقى لها شىء •

(ز) وإذا كان قـد توفى عن زوجة ، وأم ، وأختين لأب وجـد ، فإن الزوجة تأخـذ الربع ، والأم السدس ، والأختين الثلثين ، فإن كان سيأخـذ بالتعصيب فإنه لا يأخـذ شيئا ؛ لأنه لا يبقى شىء ، فيكون له السدس •

هـذه أمثلة موضحة بين احوال الجـد مع الإخوة الأشقاء أو لأب ، ويلاحظ أن المحجوب من الإخوة قبل الجد يستمر محجوبا ولا يكون له شأن فى التقسيم •

١٢٠ ــ هــذا هو القانون شرحناه ، وضربنا له الأمثال ، وقبل أن نتجه إلى فقه الموضوع نقرر أن الجــد إنما تكون له هــذه الأحوال إذا لم يكن أب فإن كان أب فإنه لا يستحق شيئا ، بل يحجب به حجب حرمان لأنه من المقرر شرعا أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث والجــد يدلى إلى الميت بطريق الأب ، فيحجب عند وجوده ، ولأنه أب مجازا ، فلا يستحق شيئا عند وجود الأب الحقيقى ، وكذلك يحجب الجــد القريب الجــد البعيد ، فأبو الأب يحجب أبا أبى الأب ، لأنه يتصــل بالميت عن طريقــه كما قــررنا(٧٤) •

هــذا ما اختاره القانون بالنسبة لميراث الجــد مع الأشقاء أو لأب اختار الا يحجبهم ، وألا تتغير حالهم التى كانت لو لم يكن ، فالمحجوب منهم يستمر محجوبا من غير أن يدخل فى القسمة ، والوارث يأخــذ ما كان يأخــذه لو لم يكن إن كان صاحب فرض ، وإن كان عصبة اشترك مع الجد فى التعصيب بشرط ألا يقل الجــد فى الحالين عن السدس •

١٢١ ــ ولقــد كان المعمول به قبل ذلك مذهب أبى حنيفة ، وهو أن الجــد يحجب الأشقاء ولأب ، كالأب على سواء من غير فرق بين الذكر والأنثى وهــذا أحــد مذاهب ثلاثة فى الجــد ، ولكى يكون القارىء على علم بالموضوع نذكر هــذه المذاهب الثلاثة ، ونبين ما أخــذه القانون منها •

---

(٧٤) فرض الجــد والأب اشتملت على بيــانه المــادة ــ ٩ ــ وهــذا نصها : « مــع مراعاة احكام المــادة ٢١ للأب فرض السدس إذا وجــد للميت ولد أو ولد ابن وإن نزل ، والجــد الصحيح هو الذى لا يدخل فى نسبته إلى الميت انثى ، ولــه فرض السدس على الوجه المبين فى الفقرة السابقة .

وقــد بينت المــادة ــ ٢١ ــ حكم الأب او الجــد إذا كان مع الجــد فرع وارث مؤنث وهــذا نصها : « إذا اجتمع الأب او الجــد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل يأخــذ ابوهما السدس فرضا والباقى بطريق التعصيب » •

وقــد بينت المــادة ــ ٢٢ ــ ميراث الجــد مع الإخوة ، وهــذا نصها : « إذا اجتمع الجــد مع الإخوة والأخوات لأبوين ، أو لأب كانت له حالتان : الأولى ــ أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكورا فقط ، او ذكورا وإناثا ، أو إناثا عصبن مــع الفرع الوارث من الإناث . ــ الثانية ــ ان يأخــذ الباقى بعــد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع الجــد أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث ، على أنه إذا كانت المقاسمة او الإرث بالتعصيب على الوجه المتقــدم تحرم الجــد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس ، ولا يعتبر فى المقاسمة من كان محجوبا من الإخوة والأخوات لأب .

١٢٢ــ المذهب الأول هو أن الجـــد يحجب الأشقاء ولأب ، كما حجب أولاد الأم من غير خلاف فيهم ، وهـــذا رأى أبى بكر وابن عباس والزبير وحذيفة وأبى سعيد الخـــدرى . وأبى بن كعب ، ومعاذ بن جبل . وأبى موسى الأشعرى . وقـــد قال هـــذا القول أبو حنيفة تبعا لهؤلاء ، وذلك لأن الجـــد عند عـــدم وجود الأب اب . ويطلق عليه اسم الأب لغـــة ، وقـــد وردت النصوص فى أحكام كثيرة بجعله كالأب . فهو يحجب الإخوة لأم . وهو يزوج القاصرين والقاصرات من أحفاده ، وله إدارة أموالهم من غير تعيين قاض ، ولا تقبل شهادته لهم ، ولا شهادتهم له . وإذا كان الجـــد يعطى حكم الأب فى هـــذه الأحكام ، فبالقياس عليها يكون كالأب فى الميراث ، ولأن ابن الابن أخـــذ حكم الابن فى الميراث من كل الوجوه . ومنها حجب الأشقاء ولأب ، فكذلك الجـــد يأخـــذ حكم الأب ، ويحجب الإخوة والأخوات لأم ، وانما وجـــدنا الجـــد فى الميراث يأخـــذ حكم الأب . تماما فيأخـــذ السدس مع الفرع الوارث المذكر ، والسدس مع التعصيب عند وجود الفرع الوارث المؤنث ، ويكون عصبة عند عـــدم وجود فرع وارث أصلا وكان مقتضى القياس الفقهى ، وقـــد أخـــذ نصيب الأب فى كل أحـــواله ، أن يحجب من كان يحجبه الأب ، لأن المقـــدمات الفقهية تؤدى إلى ذلك ، وعدم الحكم بهـــذا أخـــذ للمقـــدمة ، وترك لنتيجتها ، وذلك غير معقول فى بدائه العقـــــول .

هـــذا هـــو المذهب الأول . وذلك دليله، وهـــو مبنى على اعتبار الجـــد أبا عند فقد الأب ، وإعطائه كل أحكامه غير منقوصة .

١٢٣ ــ المذهب الثانى هـــومذهب على بن أبى طالب . وهو أن الجـــد لا يحجب الإخوة الأشقاء ، أو لأب . ويكون عصبة معهم ، إن كانوا ذكورا ، أو كانوا مختلطين ذكورا وإناثا. فإن كانوا إناثا فقط كان عصبة وأخـــذوا فروضهن وإن كانوا محجوبين لأمر آخر استمروا على حجبهم ، ويكون كأخ للذكر مثل حظ الأنثيين . ولكن على شرط ألا يقل نصيبه عن السدس ، فإن قـــل نصيبه عن السدس أخـــذ السدس ، وأخـــذ الإخوة أو الأخوات الباقى ، والأساس فى ذلك أن درجة الجـــد والإخوة درجة واحـــدة ، لأن كليهما يتصل بالميت من جهة الأب وحده ، فالجد اتصل عن طريق الأب باعتباره أباه ، والإخوة اتصلوا عن طريقه باعتبارهم أولاده . فمقدار قرابتهم بالميت واحـــدة ، ومقدار قوة هـــذه القرابة واحـــدة ، وعلى ذلك لا يحجب أحـــد الطرفين الآخر ، لأنه لا أرجحية لأحدهما على الآخر ، فالقياس لا يسوغ الحجب ، ولا نص يدل على الحجب كالنص

بالنسبة للإخوة لأم ، ومن جهة أخرى فقرابة الجـد أقوى من قرابة أولاد الأم ، فصح أن يحجبهم النص ، ولقـوة القرابة ، إذ يدلى الجـد بالأب ، وهم يدلـون بالأم •

وإذا كان لا يحجبهم ، فإنه لا يغير من حالهم شيئا ، فإن كانوا ذكورا وإناثا استمروا عصبة وكان أخا مثلهم ، وكذلك إن كانوا ذكورا فإن كانوا إناثا أخذوا فرضهم إن كانوا أصحاب فروض ، وإن كانت عصبة مع الغير ، كالأخت مع البنت والجـد ، فإن الجـد يكون صاحب فرض ، لأن عليـا رضى الله عنه يرى أن الجـد لا يجمع الفرض والتعصيب ، وعلى ذلك تكون العصبة هى الأخت نفسها ، ومن مقتضى مذهب على أن الأشقاء إن كانوا قـد حجبوا الإخوة لأب ، فإن الأخيرين لا يدخلون فى المقاسمة ، لأنهم محجوبون قبله ، فلا يجعلهم وجوده وارثين قط •

هـذا ويلاحظ أن الجـد لا يصح فى أى صورة أن يقل عن السدس ، فإن قـل فى التعصيب عن السدس أخـذه ، لأن الأثر قـد ورد باستحقاقه السدس مع الابن ، فأولى أن يستحقه مع الإخوة ، لأن قرابة الابن أقوى من قرابتهم ، ومع ذلك لم يؤثر فيه ، إلا بتنقيصه إلى السدس ، فأولى الا ينقصه وجـود الإخـوة الأكثر منـه •

هـذا مذهب على رضى الله عنه ، ومثله مذهب ابن مسعود فى أحكامه ، بيد أنه اشترط ألا يقل الجـد عند المقاسمة بالتعصيب عن الثلث ، لأنه إن اجتمع مـع البنات وحـدهن لا يأخـذ أقل من الثلث ، فأولى أن يكون كذلك عندما يلتقى بالإخـوة •

١٢٤ ــ هـذا مذهب على وابن مسعود ، ومذهب زيد رضى الله عنه ، ومعه طائفـة كبيرة من الصحابة أساسه أيضـا أن الجـد لا يحجب الأشقاء ، ولا الأب لاتحاد الاثنين فى طريق الإدلاء كما بينا ، ويجعله عصبة معهم سـواء أكانوا ذكورا أو مختلطين أم كانوا إناثا فقط ، ويقاسمهم على أنه أخ بشرط ألا يقل عن الثلث ، ثلث الكل و ثلث الباقى على حسب الأحوال ، وخلاصة ذلك المذهب أنه يقاسم الإخوة على أنه أخ ، فإن كانوا جميعا أشـقاء كان أخـا شقيقا ، وأخـذ نصيب أخ شقيق ، وإن كانوا جميعا إخـوة لأب أخـذ معهم على أنه أخ لأب بشرط ألا يقـل عن الثلث فى الحالين ، وإن كان بعضهم أشقاء وبعضهم لأب ، وهم محجوبون بالأشقاء قاسمهم ، ودخل أولاد الأب فى القسمة أولا ،

على أساس انهم مستحقون ، ثم ينفرد الأشقاء بأنصبة الإخوة جميعا ، ولا يأخــذ أولاد الأب . فدخولهم كان فقط لنقص نصيب الجــد ولنضرب لذلك مثلا ، إذا مات الميت عن جــد صحيح وأخ شقيق ، وأختين لأب ، فإنه فى هــذه الحال تقسم التركة بين هؤلاء للذكر مثل حظ الأنثيين على أساس أن الجــد أخ ، ويأخــذ بهــذا الثلث ، ويأخــذ الإخــوة الثلثين . ولكن لا يستحق منهما الأختان لأب شيئا ، بل يكونان جميعا للأخ الشقيق .

والأخوات المنفردات كالإخوة ، من حيث إن الجــد يكون عصبة معهم كأخ ، فلو كان للمتوفى جــد . وثلاث أخوات شقيقات كانت التركة بينهم أخماسا ، وإن كان للمتوفى جــد وأختان شقيقتان وأختان لأب كانت التركة بينهم أثلاثا للجــد الثلث وللأخوات الثلثان يستبد بهما الشقيقتان . ولا تأخــذ الأختان لأب شيئا ، وإن كانتا قــد دخلتا فى المقاسمة لكى ينقص نصيب الجــد ، ويزداد حظ الشقيقتين ولا يأخــذ الجــد أقل من ثلث المــال ، إذا لم يكن فى الورثة إلا الجد والإخوة فإن كان هناك ذو فرض آخر ، فإن الجــد يأخــذ الأحظ من السدس ، أو ثلث الباقى بعــد صاحب الفرض ، أو المقاسمة بالتعصيب .

١ — فإذا فرض أن الورثة هم الزوج والجــد والأم وأخ شقيق وأخت شقيقة ؛ فإنه فى هــذه الحال يكون السدس أحظ الأقسام فيأخــذه ، لأن ثلث الباقى بعــد فرض الزوج والأم يكون أقل من السدس ، إذ يكون ثلث الثلث أى تسع ، والسدس أكبر من التسع ، وهو أحظ من المقاسمة بالتعصيب لأنه فى المقاسمة بالتعصيب يستحق خمسى الثلث ، وهما أقــل من السدس .

٢ — وإذا كان الورثة زوجة وجــدا وأخا شقيقا ، وأخا الأب وأختا لأب ، فإن ثلث الباقى بعــد نصيب الزوجة أكبر من السدس ، ومن المقاسمة بالتعصيب إذ ثلث الباقى هــو ربع التركة وهــو أكبر من السدس بالبداهــة ، وأكبر من المقاسمة بالتعصيب ، لأنه بالمقاسمة بالتعصيب سيدخل أولاد الأب فيها ، ويستحق بها على ذلك الباقى ، وذلك المقــدار أقل من ثلث الباقى .

٣ — وإذا كان الورثة زوجا وجــدا وأختا شقيقة فإن نصيبه بالمقاسمة بالتعصيب يكون أكثر الأنصبة الثلاثة ، لأنه سيأخــذ النصف ويأخــذ هو مع الأخت النصف الآخر على أن له ضعفها ، وهو يساوى ثلث التركة كلها ، وهو أكبر من السدس بالبداهة ، كما هو أكبر من ثلث الباقى بالبداهة أيضا .

ونرى من هـذه الصور كلها أن الأخوات الشقيقات أو لأب كن عصبات بالجـد ، ولو كن منفردات عمن يعصبهن ؛ ولا يأخـذن معه بالفرض إلا فى مسألة واحـدة أثرت عن زيد ، وتسمى المسألة الأكدرية ، وصورتها أن يكون الورثة زوجا وأما وأختا شقيقة أو لأب وجـد ؛ فيأخـذ الزوج النصف ، وتأخـذ الأم الثلث ويأخـذ الجـد السدس ، والأخت النصف . ثم يقتسمان النصيبين للذكر مثل حظ الأنثيين .

وإنما كانت الأخت آخـذة بالفرض على هـذا ؛ لأنه لولا هـذا ما أخذت شيئا ، وذلك يكون فى معنى أن الجـد حجبها ؛ لأنها من غير وجوده تستحق النصف ، فلكى يتفادى زيد رضى الله عنه ذلك أعطاها النصف الذى كانت تستحقه لولا وجود الجـد . ثم اقتسم معها السدس والنصف ذلك التقسيم .

ولذلك إذا كانت تستحق شيئا من غير وجوده ، واستغرقت الأنصبة التركة أو بقى أقل من السدس فإنه يأخـذ السدس ، ولا يأخـذ الأخوات شيئا . ولذلك إذا كان فى المسألة السابقة أخ مكان الأخت ما أخـذ شيئا لأنه لا يستحقه فرضا فى حال من الأحوال .

١٢٥ ــ هـذه خلاصة مذهب زيد وبعض التفريعات فيـه ، وبهـذا المذهب أخـذ مالك والشافعى وأحمد ، وأبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى ، وابن أبى ليلى وابن شبرمة من فقهاء العراق ، ولم يخالفه من الأئمة الأربعة إلا أبو حنيفة وحـده .

والأساس الذى بنى عليه ذلك المذهب ثلاثة أمور :

أولها ــ أنه لم يقم دليل من نص أو قياس يدل على حجب الجد الصحيح للأشقاء أو الأب .

وثانيها ــ أن قرابة الإخوة فى الدرجة من حيث القـوة كقرابة الجـد ، وسننقل من عبارات الشافعى ما يوضح ذلك تمام التوضيح .

وثالثها ــ أن ذلك هـو التوزيع العادل إذا نظرنا إلى جملة الورثة ، ذلك أن الجـد الصحيح ما يأخـذه وهـو شيخ فإنه سيكون غريبا لأولاده ، وهم أعمام الميت ، فكأنه من الناحية الواقعية سيئول الأمر إلى أن الأعمام أخـذوا

حيث منع الإخوة إذا كان الجـد يحجب هؤلاء ، ولا أحـد يقول إن الأعمام أولى بالميراث من الإخوة ، ولذلك أدخل أولاد الأب فى المقاسمة مع الأشقاء والجـد حتى إذا كبر الإخوة بهـذه المقاسمة استبد الأشقاء به •

ولنختتم الكلام فى رأى زيد بعبارة محكمة ساقها الشافعى للاستدلال على أن الجـد لا يحجب الأشقاء أو لأب ، فقد قال فى رسالته رحمه الله تعالى :

« أليس يقول الجـد أنا أبو الميت ، ويقول الأخ أنا ابن أبى الميت ، فكلاهما يدلى بقرابة الأب بقـدر موقعه منها ، اجعل الأب هـو الميت ، وترك ابنه وأباه ، كيف يكون ميراثهما منه ، فإنه يكون للابن خمسة أسداس ، وللأب السدس ، وابن الأب الذى جعلناه ميتا هو الأخ والأب هو الجد عندما يكون المتوفى ليس الأب ، بل أحـد أبنائه ، فإن الأب الذى يدلى كلاهما به ، قرابته بالأخ كونه ابنه ، وقرابته بالجـد أنه أبوه ، والابن مقـدم فى الاستحقاق على الأب ؛ إذ يأخـذ أكثر منه ، وإذا كان كذلك فقرابة الأخ أقوى من قرابة الجد ، ولو كان أحـدهما محجوبا بالآخر لكان يحجب الجـد بالأخ ، لأنه أقوى قرابة للأب الذى يدلى به كلاهما ، ولولا اجتماع الصحابة على أنه يرث مع الإخوة لحجبه » ويقول رضى الله عنه فى ذلك أيضا : « كل المختلفين مجتمعون على أن الجـد مع الأخ مثله أو أكثر حظا منه ، فلم يكن لى خلافهم ، ولا الذهاب إلى القياس ، والقياس يخرج من جميع أقوالهم ، فلنذهب إلى إثبات الإخوة مع الجـد أولى الأمرين ، مع أن ميراث الإخوة ثابت فى الكتاب ، ولا ميراث للجـد فى الكتاب ، وميراث الإخوة أثبت فى السنة من ميراث الجـد » •

١٢٦ — هـذه هى المذاهب الإسلامية فى ميراث الأشقاء ولأب مع الجد ، وقـد اختاره قانون الميراث ، من بينها رأى على رضى الله عنه ، وهو أن يكون الجـد أخا مـع الإخوة ، بشرط ألا يزيد عن السدس ، لكن مذهب على أن الجـد لا تكون الأخوات المنفردات عصبة معـه قط ، بل يكن أصحاب فرض إن كان لهن فرض ، والقانون جعل الأخت إذا كان هناك فرع وارث مؤنث عصبة هى والجـد ، وقـد اقتبس تلك الفكرة الجزئية من مذهب زيد رضى الله عنه ، فكان ذلك تلفيقا حسنا ، لأنه تتكون منه قاعـدة ، وهى « أن الأشقاء لأب تكون حالهم مع الجـد هى حالتهم تماما من غير وجوده ، إلا أن يؤدى ذلك إلى أن ينقص نصيبه عن السدس ، فيكون السدس نصيبه » وهى قاعـدة حسنة عادلة فى ذاتها ، ويسهل معها إدراك الأحوال كلها مع تشعبها •

وقد لاحظ واضعو القانون فى ترجيحهم الأخذ بمذهب الأكثرين من الفقهاء ، وهم الذين يجعلون الجد حاجبا للإخوة والأخوات — إن مآل نصيب الجد إلى أولاده أى أعمام الميت ، فيعطون حيث يمنع إخوته ؛ وهم فى الأصل شركاؤه فى مال أبيه ؛ فقد جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه :

« المذهب المعمول به هو مذهب أبى حنيفة ، وبعض فقهاء الصحابة أن الجد كالأب فى حجب الإخوة الأشقاء أو لأب فرئى الأخذ برأى من قال من فقهاء الصحابة والصاحبين والأئمة الثلاثة بتوريث هؤلاء الإخوة مع الجد لظهور المصلحة فى الأخذ بهذا الرأى ، فكثيرا ما يموت الشخص حال حياة أبيه فيرثه والده وأولاده ؛ ثم يموت أحد هؤلاء الأولاد عن جده وإخوته فيحجب الجد الإخوة ولا يأخذ أحد منهم شيئا ، مع أن الجد قد يكون غنيا ، فإذا مات ترك لأولاده جميع ماله بما فى ذلك ما أخذه أولاد ابنه ، وبذلك ينفرد أولاد الجد بجميع ماله ؛ ولا يأخذ أولاد ابنه شيئا منه » .

ميراث الجدة

١٢٧ — الجدة التى ترث بالفرض هى الجدة الصحيحة ، وأما الجدة غير الصحيحة فهى كالجد غير الصحيح من ذوى الأرحام ، والجدة الصحيحة هى التى لا يتوسط بينها وبين الميت جد غير صحيح . فأم الأم جدة صحيحة ؛ وأم الأب كذلك ، وهكذا ، والجدة غير الصحيحة هى التى يتوسط بينها وبين الميت جد غير صحيح كأم أبى الأم ، فإنها تعد جدة غير صحيحة ، وتكون من ذوى الأرحام ، ولا ترث بالفرض قط كما ذكرنا ، وذلك لأن من أدلت به إلى الميت لا يعد من ذوى الفروض ، بل يعد من ذوى الأرحام ؛ فلا يمكن أن تكون هى أقوى منه حظا فى الميراث ، مع أنه سبب الاتصال بالمتوفى ، وعن طريقه اكتسبت الصلة التى أعطتها حق الميراث .

والأصل فى ميراثها ما روى من أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه أتته أم أم تطلب ميراثا فى ولد ابنتها ، فقال : اصبرى حتى أشاور ، فإنى لم أجد لك فى كتاب الله نصيبا ، ولم أسمع فيك من رسول الله شيئا ، ثم سألهم فشهد المغيرة بن شعبة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس ؛ وشهد معه محمد بن مسلمة ، ثم جاءت أم الأب إليه ، أو إلى عمر رضى الله عنهما (على اختلاف الروايات) وطلبت ميراثها هى الأخرى . فقال : « إن ذلك السدس بينكما ، وهو لمن انفردت منكما » قضى بذلك فى عصر الصحابة ، ولم يستنكر

أحـد ، ولم يأت نقل عن أحد يخالفه حتى يكون فى الموضوع دليلان متعارضان ، فكان ذلك إجماعا ؛ ومن جهة أخرى فإن الجـدة تعتبر أما مجازا فيثبت لهـا الميراث عند فقـد الأم الحقيقية ، كالجـد الصحيح عند فقـد الأب ، فميراثها مؤيد بالنقـل والعقـل .

وعلى هـذا الأساس فإنها ترث باعتبارها أما ، ولذلك تحجب الجـدات من أى جهة كانت : من جهة الأب ، أو من جهة الأم ، عند وجود الأم ، لأن المجاز لا يثبت عند وجود الحقيقة ، فحيث أمكن إعمال الحقيقة لا يثبت المجاز .

١٢٨ – وللجـدة حـالان :

(أحدهما) أن ترث السدس ، وتنفرد به الواحدة ، ويشترك فيه الأكثر من واحـدة ؛ فإذا كان للمتوفى أم أم أخـذت السدس ، وكذلك إذا كانت له أم أب . وإن كان له أم أم وأم أب اشتركتا فى السدس ، ومهما تعـددت درجات الجـدات فإنهن يأخـذن السدس بشرط أن يتحـدن فى الدرجة . فإذا كان للمتوفى أم أم أم ، وأم أب أب ، وأم أم أب ، فإنهن جميعـا يشتركن فى السدس ؛ من غير تفرقة بينهن فى ذلك .

وإن كانت واحـدة منهن ذات قرابتين ، فإنها تأخـذ مقـدارا مساويا لذات القرابة الواحـدة . فإذا كان للمتوفى أم أم أب ، وأم أبى أب ، هى أيضا أم أم أم فإن السدس يكون بينهما نصفين ، ولا تستحق الثانية نصيب اثنتين ، بل نصيب واحـدة ، لأنها وإن كانت تتصل بالميت عن طريقين وهما طريق أم أم ؛ وطريق جـدة – القرابة واحـدة – ، والجهة واحـدة وحيث اتحـدت الجهة ؛ واتحـدت القرابة فقـد اتحـد سبب التوريث ، وإذا اتحـد سبب التوريث لا يرث الوارث إلا نصيبا واحـدا ، وهـذا هـو ما نص عليـه القانون ، وهـو قـول الإمام أبى يوسف من أئمـة المذهب الحنفى(٧٥) . ومذهب مالك والشافعى رضى الله عنهما .

---

(٧٥) ويقابله مذهب الامام محمد رضى الله عنه ، وهو أن الجـدة ذات القرابتين ترث بالقرابتين ، أى تأخـذ كجـدتين ، ففى المسألة المذكورة فى الأصل ، وهى أم أم أب ، وأم ابى أب هى أم أم أم تأخـذ الثانية نصيب اثنتين ، فيقسم السدس أثلاثا ، ولا يقسم اثنين . وحجة ذلك الرأى أن القرابة إذا تعددت يرث بالقرابتين . كما اذا تعـددت الجهة فإنه يرث بالجهتين ، فلو كان أخ لأم هو ابن عم يرث باعتباره ابن عم ، وباعتباره أخا لأم ، فكذلك اذا تعـددت قرابة الجـدة الواحـدة ورثت كجـدتين عنـد التعـدد .

هـذه هى الحال الأولى • أما الحال الثانية فهى حجبها ؛ وعـدم استحقاقها شيئا ، وهى تحجب فى ثلاث أحوال :

أولاها ــ عند وجود الأم ، فإن الأم تحجب كل الجـدات ، سواء أكن أبويات أم كن من جهة الأم ؛ لأن الجـدات جميعا يرثن بوصف كونهن أمهات مجازا ، فلا يرثن عند وجـود الأم الحقيقية ؛ ولأن الأثر الوارد الذى ورثت الجـدات بمقتضاه كان فى حال وفاة الأم ، ولم يرد أثر بميراثهن مـع وجـود الأم ، فيقتصر على مورد النص ، ولا يتجاوزه ؛ لأنه ليس لهن فرض صريح فى القرآن الكريم •

ثانيها ــ أن الأبويات يحجبن بالأب ، فالأب يحجب أم الأب ، ولا يحجب أم الأم ولو علت درجتها ، وذلك للقاعـدة المشهورة أن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث ؛ وأم الأب أدلت بالأب ولكن أم الأم لم تدل به ، مهما تكن درجتها • وهنا نجـد فرقا بين الأم والأب من حيث حجب الجـدات ، فالأم تحجب الجـدة من أى جهة كانت ، والأب لا يحجب إلا التى من جهة الأب ؛ وحجب الأب للجـدات ليس سببه الإدلاء من جهتها حتى يقتصر على الجـدات اللائى يدلين بها ، بل سببه أنهن يرثن بوصفهن أمهات مجازا ، ولا يعمل المجاز مع وجود الحقيقة كما بينا •

ومثل الأب فى حجب الأبويات الجـد الصحيح بالنسبة لكل جـدة تدلى به ، فإنه يحجبها ، فأبو الأب يحجب أم أبى الأب ، لأنهـا تدلى به ؛ ولكنه لا يحجب أم الأم ، لأنها لا تدلى به •

ثالثها ــ أن القربى تحجب البعـدى من أى جهة كانت ولو كانت القربى محجوبة ، فلو كان للمتوفى أم أب ، وأم أم أم ؛ فالسدس لأم الأب ، ولا تأخـذ الأخرى شيئا ، وإذا كان أم أم وأم أبى أب فالسدس لأم الأم • ولا شىء للأخرى ، وكذلك لو كان للمتوفى أب وأم أب ، وأم أم أم ، فلا شىء للجدات ، لأن أم الأب محجوبة بالأب ، وأم أم الأم محجوبة بأم الأب لأنها أقرب منها ؛ والقربى تحجب البعـدى ، ولو كانت البعـدى محجوبة كما ذكرنا ؛ إذ المحجوب قـد يحجب غيره فالأخوات ولو كن محجوبات بالأب يحجبن الأم من الثلث إلى السدس إنمـا الذى لا يحجب هو الممنوع من الميراث ، لقيام مانع من موانع الإرث به ، فإنه يكون فى حكم المعـدوم كما نوهنا مرارا •

وإنما كانت القربى من أى جهة تحجب البعدى ، لأن القربى بالنسبة للبعدى كالأم بالنسبة للجدات جميعا ، وهى إذا وجدت حجبتهن من أى جهة كانت ، فكذلك إذا كانت فيهن واحدة أقرب من غيرها ، فإنها تحجبهن جميعا من أى جهة كن(٧٦) .

١٢٩ — هذه أحوال الجدات على ما عليه العمل الآن بمقتضى قانون الميراث وهو مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه ، وليس فيه شىء من غيره من المذاهب ولنفصل ذلك المذهب ، قبل أن نذكر أو نشير إلى المذاهب الأخرى .

إن المذهب الحنفى فى توريث الجدات ، وقد اشتق من رأى على ، وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ، وخلاصة ذلك المذهب كما جاء فى المبسوط أن كل جدة تدلى إلى الميت بعاصب أو صاحب فرض تكون وارثة ، فإذا كان يتوسط بينها وبين الميت من ليس بعاصب أو صاحب فرض فهى غير وارثة ، بل تكون على حسب من أدلت به ، وعلى ذلك إذا كانت أم أبى أب مهما علت فهى وارثة ومن أصحاب الفروض ، لأنها تدلى بعاصب ، وأم الأم تكون من أصحاب الفروض ، لأنها تدلى بصاحب الفرض ، ومثلها من علت ، أما إذا كانت تدلى بذى رحم ، فإنها تكون من ذوى الأرحام ، فإذا كانت أم أبى أم فهى أدلت بجد غير صحيح ، فتكون مثله .

هذا هو مذهب أبى حنيفة وما اشتق منه ، وهو أقيس المذاهب فى الجدة ، وأضبطها ، وليس فيه إلا قول واحد من ناحية الوارثات من الجدات .

أما الأئمة الآخرون ، فقد اختلفت أقوالهم ، والمشهور عن الشافعى أنه يقول قول الحنفية بالنسبة لأصل ميراث الجدات ، وفى مذهبه قول كمالك ، بيد أنه المشهور فيه .

---

(٧٦) اشتملت المادة — ١٤ — على ميراث الأمهات والجدات وهذا نصها : « للأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل ، أو مع اثنين أو اكثر من الإخوة والأخوات ولها الثلث فى غير هذه الأحوال ، غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين ، والأب فقط كان لها ثلث ما بقى بعد فرض الزوج ، والجدة الصحيحة هى أم أحد الأبوين أو الجد الصحيح وإن علت ، وللجدة أو الجدات السدس ، ويقسم بينهن على السواء ، لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين .

ومذهب مالك أن الجـدات من قبل الأم جميعا يأخـذن فرض السدس مهما علت درجتهن ، لأنهن قائمات مقام الأم مهما علون ، ما دام لا يتوسط فى نسبتهن جـد بين أمين ، أى جـد غير صحيح ، وأيضا فإن الأثر الصحيح قد أثبت ميراث أم الأم ، وبه قضى أبو بكر رضى الله عنه ، ويقـاس على أم الأم أمهاتها مهما علون ، لأنه لا فرق بينهن وبينها إلا فى القرب والبعـد ، وذلك ليس بذى أثر فى استحقاق السدس ، وإنما أثره فى الترجيح بينهن ، ومثل الجـدات من قبل الأم الجـدات أمهات الأب ، فأم الأب تستحق ، وأمها كذلك تستحق ، وهكذا مهما علت ، وذلك لأن فتـاوى الصحابة على أن أم الأب ترث السدس وتشارك أم الأم ، ويكاد ينعقـد الإجماع على هـذا ، وأمها مثلها ، فتستحق ما تستحقه ، لمـا ذكرنا من أن القرب والبعـد لا أثر له فى أصل الاستحقاق ، متى وجـد السبب ، إنما أثره فى ترتيب درجات الاستحقاق ، وأما الجـدة أم أبى الأب مهما علت ، فإنها لا تستحق بالفرض عند مالك لعـدم وجود أصـل من الأثر يعتمد عليه ويجرى فيه القياس ، لأن الآثار قـد وردت بميراث أم أم ، وأم الأب ، وأجرى القياس فى أمهاتهن ، ولم يرد الأثر بميراث أم أبى الأب ، فلا أصل لميراثها ، ولا لمن يعلوها من أمهاتها ، فلا نص ولا يصح أن تقاس على أم الأب ، لأن أمهات الأب طائفة غير طائفة أمهات الجـد ، وما ثبت للأولى لا يثبت للثانية إلا بدليل .

ومذهب مالك أخـذ من رأى سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه .

ومذهب الإمام أحمد كمذهب مالك ، أنه زاد عليه ميراث أم أبى الأب وإن علت ، ولم يجعل لأم أبى الأب شيئا ، وذلك للأسباب التى ذكرناها فى مذهب مالك رضى الله عنه ، وإنما خالف مالكا فى أم أبى الأب ، لمـا ورد من أن عمر رضى الله عنه سئل عن أربع جـدات أم أم أم ، وأم أم أب ، وأم أبى أب وأم أبى أم ، فأعطى الثلاث الأولى دون الرابعة ، وعلى ذلك تستحق عنده أم أبى الأب بهـذا الأثر ، وهـو بذلك يقرب من الحنفية ، ولكنه لا يسير سيرهم من حيث التعميم لكل أمهات الأجـداد مهما علا الجـد الذى تنتسب إليـه الأم ، وقـد قال هـذا القول إبراهيم النخعى من التابعين ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جـدات من اللائى ورثهن من بعـد أحمد ابن حنبـل .

١٣٠ - والإجماع يكاد يكون(٧٧) منعقدا على أن الجدات لا يرثن إلا السدس ، لورود الأثر بذلك ، تنفرد به الواحدة ، ويشترك فيه الأكثر من واحدة إذا كن فى درجة واحدة ، فإذا كان ثمة أم أم وأم أب فالسدس بينهما ، وإذا كانت أم أم أم ، وأم أم أب فالميراث بينهما ، وهكذا إلا إذا كانت إحدى الجدات لا ترث أصلا ، لأنها غير صحيحة ، فليس لها نصيب ، ولكن إذا كانت إحداهما قريبة ، والأخرى بعيدة ، كأن تكون هناك أم أم أم ، وأم أب ، فإن المذهب الحنفى كما علمت أن القربى تحجب البعدى(٧٨) من أى جهة كانت ، ومذهب مالك أن القربى إن كانت من جهة الأم تحجب البعدى ، وإن كانت القربى من جهة الأب فإنها لا تحجبها ، بل تشتركان فى السدس .

وحجته فى ذلك أن الجدة التى تكون من قبل الأم أقوى فى سبب الميراث لأن الجدات يرثن بوصف كونهن أمهات مجازا ، فالمتصلات بالأم أقوى فى ذلك من المتصلات بالأب ، لاتصالهن بالميت عن طريق الأم الحقيقية ، فإذا كن أقرب إلى الميت ، فقد تفوت تلك الأرجحية ، فتنفرد بالاستحقاق القربى ، وإن كانت القربى هى أم الأب ، فقد صارت لها قوة ترجيح بقربها . كما للأخرى قوة ترجيح بطريق اتصالها ، فتساوتا فتشتركان فى السدس .

وهذا الرأى قد أخذ به بعض الشافعية ، وقيل أنه الراجح عندهم ، وهو مأخوذ من احدى الروايتين عن زيد بن ثابت رضى الله عنه .

والحنفية فيما حكينا لك من أن القربى تحجب البعدى من أى جهة كانت قد أخذوا برأى على، والرواية الأخرى عن زيد ، ويتفق معهم الحنابلة وبعض الآراء فى المذهب الشافعى ويرجحه كثيرون منهم ، وقد بينا دليله من قبل .

---

(٧٧) مذهب ابن عباس ان الجدات جميعا لا يأخذن غير السدس إلا أم الأم ، فإنها تقوم مقام الأم فى فريضة الأم ، فتأخذ السدس الذى كانت تستحقه الأم ، والثلث إن كانت تستحقه ، وبهذا الرأى اخذ ابن سيرين ، وحجته هى قياس أم الأم على أبى الأب ، فكما أن أبا الأب يرث ما يرثه الأب ، فكذلك أم الأم ترث ما ترثه الأم .

(٧٨) روى عن ابن مسعود ان القربى لا تحجب البعدى أصلا ، لاشتراكهن جميعا فى الوصف ، وسبب الاستحقاق ، إلا أن تكون البعدى هى أم القربى ، فإنها تحجبها .

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا اتحدت جهة القرابة ، فإن القربى تحجب البعدى وموضع الخلاف هو ما بينا •

١٣١ — والعلماء مجتمعون على أن الأم تحجب الجدات جميعا ، ويكادون يجتمعون على أن الأب يحجب الجدات الأبويات ، لأنهن يدلين إلى الميت به ، ولم يخالف فى ذلك إلا ما جاء فى مذهب أحمد بن حنبل من أن الأب لا يحجب الأبويات ، لأنهن يرثن السدس ، أو يشتركن فيه — باعتبارهن من الأمهات فلم يكن الأب سبب الميراث ، وإن كان سبب القرابة ، كالشأن فى أولاد الأم يرثن مع الأب ، لأن السبب هو الأخوة ، فيرثن مع وجودها ؛ وإن كانت هى صلة القرابة وإن هذا الرأى ينسب إلى أبى موسى الأشعرى ، والرأى الذى عليه جمهور الفقهاء هو جمهور الصحابة ، وهو مروى أيضا عن أبى موسى الأشعرى •

نظرة عامة فى أصحاب الفروض

١٣٢ — هذه أحوال أصحاب الفروض قد بيناها ، وشرحنا ما جاء بالقانون ثم بينا اختلاف الفقهاء فى موضع الخلاف ، ليتبين ما أخذ القانون منها وما ترك وبه يعرف المصدر الفقهى له معرفة دقيقة ، فيرجع إلى الأصل الذى اشتق منه ، إن وجد ما يضطر القاضى إلى الرجوع •

(ا) وقد تبين مما تقدم أن من أصحاب الفروض من يكونون دائما أصحاب فروض ، ولا يكون عصبات قط ، ومنهم من يكونون أصحاب فروض ويكونون عصبات بأنفسهم ، ومنهم من يكونون أصحاب فروض ويكونون عصبات بغيرهم ، فالزوجان والإخوة لأم ، والأم والجدة لا يكونون إلا أصحاب فروض ، ولا يكونون عصبة قط ، والأب والجد قد يكونان عصبة بأنفسهم عند عدم وجود فرع وارث مطلقا ، وعند وجود فرع وارث مؤنث ، لأن كل واحد منهما فى هذه الحال يكون أولى رجل ذكر ، فيكون له ما بقى •

والأخت الشقيقة ولأب تكون كل منهما عصبة بالأخ الشقيق أو لأب ، ومثل ذلك البنت وبنت الابن ، فإن البنت قد تكون عصبة بالابن ، وبنت الابن قد تكون عصبة بابن الابن ، وقد بينا ذلك فى موضعه •

(ب) وقد تبين أن من أصحاب الفروض من لا يحجب حجب حرمان قط ، ومنهم من يحجب حجب حرمان أحيانا ، فالزوجان والبنت والأب والأم لا يحجبون حجب حرمان ، بل ينتقل نصيبهم من الأكثر إلى الأقل ، ولكن فى دائرة الاستحقاق ، والباقون قد يحجبون حجب حرمان ، على ما بين فى موضعه .

(ج) وقد تبين أن الفروض المقدرة فى كتاب الله تعالى هى الثمن والربع والنصف ، والسدس والثلث والثلثان ، وقد تبين مما شرحنا ما يستحقه كل ذى فرض منها .

وعند اجتماع الفروض أو بعضها يوحد أصلها ليمكن بيان كل واحد منها ، ولذلك نذكر أصول المسائل ومخارج الفروض .

أصول المسائل وتصحيحها

١٣٣ - هذا باب يعقده الفرضيون لبيان أصول المسائل وطريقة استخراج حصة كل وارث بالسهام ، فتعرف الأنصبة حصصا شائعة فى التركة غير مبينه بالمقدار المالى فيها ، بحيث تقسم عليها التركة من بعد بيانها ، ويعرف مقدار كل وارث بالمال بعد بيانه بالسهام ، ثم إنه بمعرفة أصل كل مسألة ومعرفة مقدار نصيب كل وارث بالسهام لا يكون ثمة حاجة إلى معرفة مقدار التركة ، فيمكن معرفة حصة كل وارث قبل أن يعلم مقدار التركة بالتعيين ، فإن معرفتها قد تستغرق آمادا طوالا ، ومن الضرورى معرفة حصة كل وارث فيها قبل ذلك ، وهذا لا يستبين من غير معرفة أصل المسألة .

ونقول فى سبيل ذلك أنه إن كان الورثة جميعا عصبات يمكن معرفة سهام كل وارث ، بمعرفة عددهم ، وحالهم من حيث الذكورة والأنوثة ، فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كان الورثة ثلاثة إخوة أشقاء وأربع أخوات شقيقات كانت القسمة من عشرة ، لأن كل أخ يأخذ نصيب أختين ، فتكون سهام الإخوة ستة ، وسهام الأخوات أربعة ، ويكون المجموع عشرة ، للأخت منها واحد من عشرة ، وللأخ اثنان من عشرة .

١٣٤ - وإن كان فى المسألة صاحب فرض واحد اعتبر مخرج نصيبه أصل المسألة ، ومخرج النصيب هو مقام الكسر الدال على نصيبه ، فإذا كان فى المسألة أب وأم فإن الأم تستحق الثلث ، ويكون أصل المسألة هو ثلاثة ،

فيكون للأم سهم ، وللأب الباقى وقــدره سهمان ، إن كان الورثة زوجــة وأبا فأصــل المسألة يكون أربعة ، لأن الزوجة لها الربع ، فيكون لها سهم وللأب الباقى ثلاثة أسهم ، وإن كان صاحب فرض واحــد وتعــدد العصبات جعــل أيضا مخرج نصيب صاحب الفرض ، كان يكون المتوفى ترك زوجا ، وبنتا وابنا ، فإن الزوج يستحق الربع ، ويكون أصل المسألة أربعة يأخــذ الزوج واحــدا ، والباقى يكون للابن والبنت للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون للابن سهمان ، وللبنت سهم واحــد •

١٣٥ ـ إن تعــدد أصحاب الفروض فى المسألة كان أصل المسألة هــو أصغر عــدد يقبل القسمة على المخارج كلها ، وقــد يكون أحــد هــذه المخارج ولنضرب لذلك أمثلة موضحة •

(أ) إذا كان قــد توفى عن زوجة ، وبنت ، وبنت ابن ، وابن ابن ، فإن الزوجة تستحق الثمن ، والبنت تستحق النصف ، والباقى لابن الابن وبنت الابن للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويكون أصل المسألة ثمانية ، وهو مخرج نصيب الزوجــة ، وقــد استحقت منها سهما ، واستحقت البنت أربعة أسهم ، والباقى لبنت الابن وابن الابن للذكر مثل حــظ الأنثيين ، وهــو ثلاثة أسهم فيكون للأنثى سهم ، والسهمان لابن الابن •

(ب) وإذا كان المتوفى قــد ترك زوجا ، وأبا ، وأما وأختــا وشقيقة ، وأخا لأب فإن الزوج يستحق النصف ، والأم تستحق السدس ، والأب يستحق الباقى ، ولا شىء للأخت والأخ ، لوجود الأب ، ويكون أصل المسألة ستة للزوج منها ثلاثة وللأم واحــد ، والباقى للأب وقــدره سهمان •

(جـ) وإذا كان الورثة زوجا ، وأبا ، وابنة ، فإن الزوج يستحق الربع ، والأب يستحق السدس مــع الباقى بالتعصيب ، والبنت النصف ، ويكون أصل المسألة ١٢ لأن أصغر عــدد يقبل القسمة على أربعة ، واثنين ، وستة هــو ــ ١٢ ، يستحق الزوج ثلاثة أسهم ، والبنت تستحق ستة ، والأب اثنين بالفروض وواحــدا بالتعصــيب •

(د) وإذا كان الورثة زوجــة ، وأما ، وبنتا ، وأختا شــقيقة ، فإن الزوجة تستحق الثمن ، والبنت تستحق النصف ، والأم تستحق السدس والأخت الشقيقة تأخــذ الباقى ، ويكون أصل المسألة ٢٤ لأن ذلك أصغر عــدد يقبــل

القسمة على ثمانية وستة واثنين ، وعلى ذلك تستحق الزوجة ثلاثة ، وتستحق الأم أربعة ، وتستحق البنت أثنى عشر سهما ، وتستحق الأخت الباقى وقدره خمسة أسهم .

١٣٦ — مما تقدم يتبين أن أصل المسألة قد يكون ٢ وقد يكون ٣ وقد يكون ٤ وقد يكون ٦ وقد يكون ٨ وقد يكون ١٢ وقد يكون ٢٤ .

وأنه إذا كانت ثمة تركة تقسم على أصل المسألة إذا كان هناك صاحب فرض . ويعطى كل واحد من الورثة ما خص سهامه من أموالها ، وبذلك ينتقل النصيب من بيانه بالسهام أو النسب التقديرية إلى البيان بمقداره المالى من أصل التركة . وأن العمل الأخير يستطيع أى حسابى أن يتولاه ، بعد أن تولى الفرض بيان السهام المقدرة المبينه للحقوق بنسبها من غير تعيين مقدارها .

١٣٧ — التصحيح : وقد يكون القدر من السهام الذى يستحقه فريق من الورثة لا يقبل القسمة عليهم ، كأن يكون الورثه زوجة ، وبنتا ، وابنا ، فإنه فى هذه الحال يكون أصل المسألة ثمانية — استحقت الزوجة منها سهما ، وخص الابن وأخته سبعة ، وهى لا تقبل القسمة على ثلاثة ، ويراد معرفة مقدار نصيب كل واحد بالسهام ، والسهام لا يصح أن تبين بالكسور لأنها أرقام فرضية ، ولتكون النسب واضحة جلية تستبعد الكسور ، ولذلك تصح بأن يضرب أصل المسأله فى أقل عدد يمكن معه أن يستحق كل وارث بمفرده قدرا من السهام برقم صحيح ، لا كسر فيه وهو هنا ثلاثة ، فالتصحيح إذن هو تضعيف أصل المساله عندما يدخل نصيب أحد الورثة الكسر ، فيضرب فى اقل عدد يمكن أن يزول معه ذلك الكسر ، ولنضرب لذلك بعض الأمثلة :

(أ) إذا كان الورثة زوجا ، وأختا لأب ، وثلاث بنات ابن ، وبنتا ، فإنه يستحق الزوج الربع ، والأخت لأب الباقى ، والبنت النصف ، وثلاث بنات الابن السدس ، ويكون أصل المسألة هو ١٢ استحق الزوج ٣ واستحقت البنت ٦ واستحقت بنات الابن الثلاث اثنين ، وخص الأخت سهم واحد ، ولكن السهمين لا يقبلان القسمة على ثلاثة ، فيصحح أصل المسألة بأن يضرب فى ثلاثة فيصير ٣٦ ، ويعطى الزوج ٩ والبنت ١٨ وبنات الابن ٦ لكل واحدة سهمان ، والأخت لأب ٣ .

(ب) وإذا كان الورثة زوجة : وبنت ابن • وابن ابن وأما ، فإن الزوجة تستحق الثمن • والأم تستحق السدس ، وبنت الابن وابن الابن عصبة يأخذان الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون أصل المسألة ٢٤ استحقت الزوجة ٣ والأم ٤ والباقي لبنت الابن وابن الابن وقـدره ١٧ يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولكن العـدد ١٧ لا يقبل القسمة على ثلاثة : فيضرب أصل المسألة في ٣ فيكون ٧٢ وعلى ذلك يكون للزوجة ٩ وللأم ١٢ وللعصبة ٥١ استحقت بنت الابن ١٧ وابن الابن ٣٤ •

(جـ) إذا كان الورثة زوجين ، وأما وبنتا وأربع أخـوات شقيقات فإن الزوجتين تستحقان من التركة • والأم تستحق السدس ، والبنت النصف والباقي للأخوات الأربع • وعلى ذلك يكون أصل المسألة ٢٤ • الثمن — ٣ — والنصف ١٢ والسدس ٤ والباقي — ٥ — هي للأخوات ، ولكن نصيب الزوجتين لا يقبـل القسمة على ٢ — ونصيب الأخوات لا يقبل القسمة على — ٤ — ولذلك نحتاج إلى تصحيحين في الظاهر : ولكن أحـدهما نغني عن الآخر ، لأن الضرب في ٤ يغني عن الضرب في ٣ وعلى ذلك يضرب أصل المسألة في ٤ فيصير ٩٦ •

العـــول

١٣٨ — العـول معناه زيادة عـدد السهام عن أصل المسألة بأن يكون أصحاب الفروض قـد استحقوا عـدة أنصبة ، ومجموعها يزيد على الواحـد الصحيح ، وفي هـذه الحال لا يأخـذ كل ذي سهم نصيبه كاملا ، بل ينقص منه بنسبة هـذه الزيادة ، ولكي يكون النقص بنسب تتفق مع الأنصبة تماما سار الفقهاء على طريقة العـول ، وذلك بأن يستخرج أولا أصل المسألة : ويعطى كل صاحب فرض سهامه على أساس ذلك الأصل ، ثم تجمع السهام ، فيتبين أنها أكثر من أصل المسألة ، فتقسم التركة على عـدد السهام ، ولا تقسم على أصل المسألة ، ولنضرب لذلك مثلا ، إن كان في المسألة زوج وأم وأخت شقيقة ، وأخت لأب ، فإنه في هـذه الحال تكون الأنصبة أكثر من الواحـد الصحيح ، ويقسم هكذا •

أولا — يعطى كل ذي فرض نصيبه ، فيعطى الزوج النصف ، والأخت الشقيقة النصف ، والأم السدس ، والأخت لأب السدس تكملة للثلثين •

ثانيا — يستخرج أصل المسألة ، وهو ستة ، فيكون للزوج منها ثلاثة ، وللأخت الشقيقة مثله ثلاثة ، وللأم واحـد ، وللأخت لأب واحـد ، فيكون المجموع ثمانية أسهم ، وتكون قـد عالت باثنين زائدين ، وتقسم التركة على عـدد السهام ، فإذا كانت مائتى فـدان يكون نصيب السهم ٢٥ ف ويستحق الزوج ٧٥ ، والأخت الشقيقة ٧٥ ، والأم ٢٥ والأخت لأب ٢٥ .

وترى من هـذا أن كل نصيب نقص بنسبة ما زاد فى المسألة من أسهم ، فقـد صار النصف ثلاثة أثمان ، والسدس ثمنا ، ويكون ما نقصه كل واحـد هـو بنسبة ما نقصه الآخر من غير ظلم لأحـد .

١٣٩ — ولقـد وجـدنا بالاستقراء أن أصول المسائل التى تعول هى ما كان أصله ستة وما كان أصله أثنى عشر ، وما كان أصله ٢٤ . ولنبين ما يعول إليه كل أصل من هـذه الأصول .

(أ) إذا كان أصل المسألة ستة ، فإنها قـد تعول إلى سبعة ، وإلى ثمانية ، وإلى تسعة ، وإلى عشرة .

ومثال ما يعول إلى سبعة زوج وأختان شقيقتان ، فإن الزوج يأخـذ النصف وعـدد السهام له ثلاثة ، والأختين تأخـذان الثلثين ، وعـدد سهامهما أربعة . فيكون المجموع سبعة .

ومثال ما يعول إلى ثمانية : زوج وأختان لأب ، وأم ، فإن الزوج يأخـذ النصف وقـدره ثلاثة أسهم ، والأختين لأب تأخـذان الثلثين ، وقـدرهما أربعة أسهم . والأم السدس ، وقـدره سهم ، فيكون المجموع ثمانية أسهم .

ومثال ما يعول إلى تسعة : زوج ، وأختان شقيقتان ، وأخوان لأم ، فإن الزوج يأخـذ النصف وقـدره ثلاثة ، والأختين تأخـذان الثلثين ، وقدرهما أربعة ، والأخوين لأم يأخذان الثلث وقدره اثنان ، فيكون المجموع تسعة أسهم .

ومثال ما يعول إلى عشرة أن يكون فى المسألة زوج وأخت شقيقة وأخت لأب ، وأخوان لأم ، وأم ، فيكون للزوج النصف بثلاثة أسهم . وللأخت الشقيقة مثله ، وللأخت لأب السدس بسهم واحـد ، وللأخـوين الأم الثلث بسهمين وللأم السدس بسهم واحـد فيكون المجموع عشرة .

(ب) وإذا كان أصل المسألة اثنى عشر فقد تعول إلى ثلاثة عشر ، وخمسة عشر ، وسبعة عشر . ولنضرب الأمثلة على ذلك .

مثال ما يعول من المسائل إلى ١٣ أن يكون فى المسألة زوجة وأم وأخت لأب ، فيكون للزوجة الربع ، وللأم الثلث ، وللأخت لأب النصف فيكون أصل المسألة ١٢ وتستحق الزوجة ثلاثة أسهم ، والأخت ستة أسهم ، والأم أربعة أسهم ، ويكون المجموع ثلاثة عشر .

ومثال ما يعول من المسائل إلى ١٥ أن يكون فى المسألة زوج وبنتان ، وأم وأب ، فإنه يكون للزوج الربع ، وللبنتين الثلثان ، وللأم السدس وللأب مثله ، ويكون أصل المسألة من ١٢ يستحق الزوج ثلاثة أسهم ، والبنتان ثمانية أسهم ، والأب سهمين ، والأم سهمين ، فيكون المجموع خمسة عشر سهما .

ومثال ما يعول إلى ١٧ أن يكون فى المسألة زوجة ، وأم ، وأختان لأب ، وأخوان لأم ، فيكون للزوجة الربع ، وقــدره ثلاثة أسهم ، وللأب السدس وقــدره سهمان ، وللأختين لأب الثلثان ، وقــدرهما ثمانية أسهم ، وللأخوين لأم الثلث ، وقــدره أربعة أسهم ، فيكون المجموع سبعة عشر سهما .

(جـ) وإذا كان أصل المسألة ٢٤ فانها لا تعول إلا إلى سبعة وعشرين ، ومثال ذلك أن يكون فى المسألة زوجة ، وبنتان ، وأم ، وأب ، فإن الزوجــة تستحق الثمن ، والأب يستحق السدس ، والأم مثله ، والبنتان تستحقان الثلثين ، وأصل المسألة يكون أربعة وعشرين ، ويكون للزوجة ثلاثة أسهم ، وللأب أربعة ، وللأم أربعة ، وللبنتين ستة عشر سهما ، فيكون المجموع سبعة وعشرين سهما(٧٩) .

١٤٠ ــ هــذا هــو العول ، وهــذه هى صوره وأمثلته ، ويرى أنه توزيع عادل بين أصحاب الفروض ، إذا زادت عن الواحــد الصحيح ، فإنه يكون التوزيع بينها بنسبها ، لا بمقاديرها الأصلية ، ومثله فى ذلك مثل الديون إذا ضاقت التركة عن سدادها ، فإنها تقسم قيمتها بينهم بنسبة ديونهم ، فكذلك إذا ضاقت التركة عن أن تسع الفروض المقــدرة كلها وزعت بين أصحابها بنسبها

(٧٩) أحكام العول قــد جمعتها المــادة (١٥) من القانون ونصها ، وإذا زادت انصباء أصحاب الفروض على التركة قسمت بينهم بنسبة انصبائهم .

واختاروا طريقة العول ، وهى التقسيم على عدد السهام من غير نظر إلى أصل المسألة ، لأن السهام هى التى تبين النسب ، فاختير مجموعها لتقسيم التركة عليه ، وبذلك يتحقق العدل من أقرب طريق ، ولقد وصل إليه عمر رضى الله عنه ببصيرته النافذة ، فكان أول من حكم بالعول ، وروى أنه حكم به بإشارة العباس رضى الله عنه ، فإنه يروى أنه وقع فى عهد الفاروق مسألة ضاق مخرجها عن فرضها ، فشاور الصحابة فيها ، فأشار العباس رضى الله عنه إلى العول ، وقال أعيلوا الفرائض ، فتابعوه على ذلك ، ولم ينكره أحد ، وروى الزهرى عن ابن عباس أنه قال : « أول من أعال الفرائض عمر بن الخطاب لما التوت عليه » ، ودافع بعضها بعضا ، قال : والله ما أدرى أيكم قدم الله ، ولا أيكم أخر . وكان امرءا ورعا . فقال : « ما أجد شيئا هو أوسع لى إلا أن أقسم المال عليكم بالحصص وأدخل على كل ذى حق ما دخل عليه من عول الفريضة » . وقد روى العول عن على رضى الله عنه ، فقد سئل عن بنتين وأبوين وزوجة فقال : « صار ثمنها تسعا » لأن المسألة ، عالت إلى سبعة وعشرين ، فصارت ثلاثة الأسهم تسعا ، بعد ما كانت فى الأصل ثمنا .

ومع موافقة جمهور الصحابة على رأى عمر فى العول قد خالفه ابن عباس وانكر شرعيته ، وقرر أنه تنقص الفرائض القابلة لزوال الفرضية بالحجب أو التعصيب ، فإن كان فى المسألة زوج وأم وأخت شقيقة وأخت لأب ، فإنه يكون للزوج النصف كاملا ، وللأم نصيبها كاملا وللأخت الشقيقة ولأب الباقى بنسبة النصف إلى السدس .

والأساس فى هذا المذهب أمران :

أحدهما — أن بعض الفرائض أقوى من بعض ، وذلك لأن بعض الفرائض لا يقبل السقوط قط ، وبعض الفرائض يقبل السقوط ، ولا شك أن الفرائض التى لا تقبل السقوط أقوى من الفرائض التى تقبله ، إذ أن هذه ما ثبتت إلا لقوتها ، وعلى ذلك ينهار الأساس الذى قام عليه العول إذ العول مبنى على انه لا يدرى أى الفرائض يبقى على حالها ، وأيها ينقص منه .

ثانيهما — أنه تقاس حال زيادة الفرائض على حال التعصيب ، ففى التعصيب بالغير تأخذ صاحبة الفرض أقل مما كانت تأخذه ، وفى مسائل تعارض الفرائض لو زدنا على بعض أصحاب الفرائض من يكون عصبة به لا يكون تنازع . ففى حال ما يكون أم وزوج وأخت شقيقة ، لو أضفنا إلى المسألة أخا

شقيقا ما كان تنازع للفرائض ، لأن الأم ستأخذ السدس ، والزوج سيأخذ النصف ، والأخت الشقيقة تأخذ مع الأخ الشقيق الباقى ، وبالاستقراء فى كل مسألة فيها زيادة الفروض عن التركة — صاحبة فرض كان يمكن أن تعصب بالغير ، وعلى ذلك تفرض حالها كما لو وجد الذكر ، فتأخذ الباقى بعد أصحاب الفروض الثابتة التى لا تقبل الزوال .

وترى من هذا أن ذلك الرأى له أساس فقهى جيد ، ولذلك قال فيه ابن شهاب الزهرى : لولا أنه تقدم ابن عباس إمام عدل فأمضى أمره وكان امرءا ورعا ما اختلف على ابن عباس اثنان من أهل العلم ، وأنه لو أخذ مذهب ابن عباس لذهب كثير من غرائب الأقضية . فما يكون أخ مشئوم ولا ابن ابن مشئوم إذ أن أساس ذلك أن تأخذ فى حال الفرض . ولا تأخذ فى حال التعصيب . ولو طبق هذا المذهب لتقارب مقدار الفرض مع مقدار التعصيب ، ولقل ذلك التنافر العقلى بين بعض المسائل ؛ والله سبحانه وتعالى أعلم .

العصبات النسبية

١٤١ — بينا أصحاب الفروض وأنصبتهم ، وهم الذين يأخذون حقهم من التركة أولا ، والآن نتكلم فيمن يليهم ، وهم العصبة النسبية ، والعصبة النسبية مقابلة للعصبة السببية ، ويراد بالسببية المعتق وعصبته الذكور ؛ وقد كانت فى الماضى تلى العصبة النسبية مباشرة ، وتسبق الرد ، وتسبق ذوى الأرحام ولم يكن ثمة رد على الزوجين ، والآن هى مؤخرة عن الرد وعن ذوى الأرحام .

والعصبة النسبية هم أقارب الميت من الذكور ومن ينزل منزلتهم من الإناث ، الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، كالابن ، وابن الابن ، والأب ، وأبى الأب والأخ الشقيق وابنه ، والأخ لأب ، والعم شقيق الأب ، فروعه الذكور ، وهكذا ، والبنت والابن إلخ .

ومرتبتهم فى التقسيم بعد أصحاب الفروض ، وليس معنى ذلك أنهم فى جملتهم بعد أصحاب الفروض فى جملتهم فى الاستحقاق ، بل المراد أنه عند تقسيم التركة يعطى أصحاب الفروض أولا ، ثم يعطى الباقى للعصبة ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، فالترتيب ترتيب تقسيم لا ترتيب استحقاق ، لأنه قد يكون من

العصبة من يحجب بعض أصحاب الفروض حجب حرمان أو نقصان ، فالأصل الذكر يحجب أولاد الأم ، والفرع المذكر يحجب الإخوة والأخوات جميعا حجب حرمان ، ويحجب الأم حجب نقصان ، وهكذا .

فالترتيب بين العصبات فى مجموعهم ، وذوى الفروض فى مجموعهم ترتيب قسمة لا ترتيب أولوية .

١٤٢ ـ والأصل الذى بنى عليه التوريث بالتعصيب يقوم على ثلاثة أمور :

أولها ـ قوله تعالى فى شأن الأولاد : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » وبين مع ذلك استحقاق كل من الأم والأب السدس فدل هذا على أن الأولاد يأخذون الباقى بعد النصيبين . للذكر مثل حظ الأنثيين . وكذلك قوله تعالى فى شأن الإخوة والأخوات : « وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » فدلت هذه الآية على أن جهة الإخوة من جهات العصبة النسبية ، كما تدل الآيتان على أن الأنثى صاحبة الفرض إذا كان معها من يكون فى درجتها فى القرابة من الذكور ، إذ تكون عصبة به ، ويترك فرضها .

ثانيها ـ قوله صلى الله عليه وسلم : « ما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر » والمراد بالأولوية الأولوية فى القرابة أى أقرب رجل ذكر ، كما ورد فى بعض الروايات ، والقرب إنما هو من ناحية النسب ، والنسب لا يكون إلا من جهة الأب . وهذا الحديث قد أثبت التعصيب لكل قريب من الرجال يتصل بالميت اتصالا نسبيا عن طريق الرجال ، أى لا ينفرد النساء فى الاتصال فى أى طبقة من الطبقات ، والحديث مع دلالته على ذلك يدل على أنه إذا تعدد العصبات ، لوحظ بينهم الترجيح بالقرب من الميت فى الدرجة أو فى قوة القرابة .

ثالثها ـ القرابة المعتبرة فى غير الفروض هى قرابة الرجل دون قرابة الأنثى إلا عند الترجيح ، فتدخل قرابة الأنثى للترجيح لا لإثبات أصل التوريث ، وأنه بسبب أن الرجولة هى الأصل فى التعصيب لا يكون العصبة فى الأصل إلا رجالا ، ولا يكون النساء عصبة إلا عندما تكون صاحبة فرض ، كأن كان معها أخ لها ، أو فى منزلة الأخ ، فتكون عصبة به ، لكى تكون النسبة التى قررها

الشارع قائمة ، وهى أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، إذ لو أعطيت صاحبة الفرض فرضها لأدى ذلك إلى أن تكون أكثر منه . أو لا يأخذ شيئا ، وهى تأخذ ، فجعلت عصبة به ، لتستمر النسبة الشرعية المقررة بين الذكر والأنثى .

وفى غير هذا صورة استثنائية قامت فيها الأنثى مقام الرجل ، لورود النص بذلك ، وهى حال الأخوات الشقيقات أو الأب مع الفرع الوارث المؤنث .

١٤٣ — هذه هى الأصول التى قام عليها توريث العصبات ، ولنتكلم أولا فى أقسام العصبات ثم لنتكلم فى جهاتها .

تنقسم العصبة النسبية إلى ثلاثة أقسام :

(أ) عصبة بالنفس ، وهم الذكور من الأقارب الذين لا تنفرد بالتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، كالابن ، وابن الابن ، والأب والجد ، والأخ الشقيق أو لأب ... إلخ . وهؤلاء هم الأصل فى التعصيب ، لأن العصبة فى الأصل من قبل الرجال ، إذ هم العصبة التى تحيط بالشخص ، وتحمى ذماره .

(ب) وعصبة بالغير ، وتكون للنساء صواحب الفروض اللائى يكون فى طبقتهن أو ما يلحق بطبقتهن رجل ذكر يكون عصبة بنفسه ، فتكون عصبة به ، ويكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، فشرط تحقق العصبة بالغير أن يتحقق أمران .

(أحدهما) أن تكون الأنثى صاحبة فرض فى الأصل ، ويكون معها من يعصبها ، فإذا لم تكن هى فى الأصل صاحبة فرض لا تكون عصبة به ، فابنة الأخ الشقيق لا تكون عصبة بابن الأخ ، لأنها ليست من أصحاب الفروض . والعمة شقيقة الأب لا تكون عصبة بالعم .

(وثانى الأمرين) أن يكونا فى درجة واحدة ، وقوة قرابة واحدة ، فالأخ الشقيق يعصب الأخت الشقيقة ، ولا يعصب الأخ لأب ، ولا يعصب الأخ لأب الأخت الشقيقة ، لأن قوة القرابة ليست واحدة ، وإن اتحدت الدرجة ، ولم يستثن من اتحاد الدرجة إلا حال تعصيب ابن ابن الابن ، بنت الابن التى تكون أعلى منه إذا احتاجت إليه ، لأنه لو لم يعصبها لأدى إلى أن تأخذ بنت ابن الابن ، ولا تأخذ بنت الابن ، مع أنها منها بمنزلة البنت من بنات الابن فلتفادى مثل هذا الشذوذ جعلت عصبة به إن احتاجت إليه ، أما إذا لم تحتج إليه ، فإنها لا تكون عصبة به قط .

والعصبة بالغير لا تكون إلا أنثى ، وتنحصر فى الأخوات الشقيقات ، أو لأب مع الأخ الشقيق أو لأب ، والبنات وبنات الابن مع الأبناء ، وأبناء الأبناء .

(جـ) وعصبة مع الغير ، وهى خاصة بالأخوات الشقيقات أو لأب مع الفرع الوارث المؤنث ، وقد ورد بتوريثهن الأثر الوارد عن ابن مسعود بإعطاء الأخت الباقى بعد نصيب البنت ، وقد سمى ذلك قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان سنة صحيحة ثابتة .

١٤٤ — هذه أقسام العصبة ، وجهاتها أربع :

الجهة الأولى — جهة البنوة ، وهى الابن ، وابن الابن ، وإن نزل ما دامت لا تتوسط بينه وبين المتوفى أنثى ، والذكور فى هذه الجهة يكونون عصبات بأنفسهم ويعصبون النساء اللائى يكن فى طبقتهم أو أعلى منهم ، إن احتجن إليهم ، على ما بينا فى أحوال بنات الابن .

الجهة الثانية — جهة الأصول ، وهى الكذر من الأصول الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، فتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا وليس فى هذه الجهة عصبة بغيره قط .

الجهة الثالثة — جهة الأخوة ، وهى فروع الأب الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، والذكور عصبة بأنفسهم ، والإناث لا يكن عصبة بالغير من هذه الجهة إلا الأخت الشقيقة أو لأب ، كما تكونان عصبة مع الغير عند وجود الفرع الوارث المؤنث .

وتشمل هذه الجهة الإخوة الأشقاء أو لأب وأخواتهم ، على النحو الذى ذكرناه فى أحوالهن ، وتشمل أيضا فروع الإخوة الأشقاء أو لأب الذكور فقط ، فلا تكون بنت الأخ الشقيق أو لأب عصبة قط لا بالغير ولا مع الغير .

الجهة الرابعة — جهة العمومة ، وهى فروع الجد الصحيح الذكور فقط ، مهما علت درجة الجد ، فالعم شقيق الأب أو لأبيه عصبة ، ولكن العمة لا تكون عصبة ، وابن العم الشقيق أو لأب عصبة ، وبنت العم لا تكون عصبة قط ، وذلك لأن العصبة بالغير محصورة فى ذوات الفرض اللائى يكون فى طبقتهن ذكر يكون عصبة بنفسه ، والعمات وبنات الأعمام ، وبنات الإخوة لا يكن عصبة كذلك .

ويلاحظ فى ترتيب درجات جهة العمومة عند تفاوت أصلهم ، وهـو الجـد الصحيح فى القرب ، أن فروع الجـد الأول أقرب درجة من فرع الجـد الذى يليـه ، مهما نزل أولئك الفروع ، فالعم أخـو الأب وفروعه مهما نزلوا أقرب درجة من العم الذى يكون عما للأب وإن قربوا ، لأن الأول فرع للجـد الأول ، والعم الثانى فرع للجـد الثانى ، وهكذا كل فروع لجـد قريب مهما نزلوا أقرب إلى الميت من فروع الجـد البعيد مهما قربوا من الجـد .

ويلاحظ ذلك عند ترتيب درجات العصبات إن تعـددت .

١٤٥ — هـذا وإذا كانت العصبة واحـدا من أى جهة كان فانه يستحق الباقى وحـده ، فإذا كان ابن وحـده أو جـد وحـده ، أو أخ شقيق أو ابن أخ شقيق أو عم لأب ، فإنه يستحق الباقى وحـده ، لعـدم وجود من ينازعه فى الاسـتحقاق .

وإذا تعـدد العصبات وتعـددت جهاتهم فإنهم يقـدم من كان من جهـة البنوة على غيره ، فإن الابن أولى من الأب ، وتقـدم جهـة الأبوة على جهـة الأخـوة ، فيقـدم الأب على الإخوة وأبنائهم ، والجـد الصحيح على أبناء الإخوة . وقـد استثنى من حكم هـذه القاعـدة حال الجـد مـع الإخوة الأشقاء أو لأب على النحو الذى بيناه فى موضعه ، فإنهم يشاركون فى التعصيب بشرط ألا يقل عن السدس ، على ما هو المعمول به الآن ، وكما شرحنا .

وإذا تعـددوا وكانوا من جهة واحـدة قـدم أقربهم درجة ، فيقدم الابن على ابن الابن ، والأب على الجـد والأخ لأب على ابن الأخ الشقيق ، والعم لأب على ابن العم الشقيق ، وتقـدم الأخت ، ولو لأب إن كانت عصبة مع الغير على ابن الأخ وإن كان شقيقا ، ويقـدم فروع الجـد الأول مهما نزلوا على فروع الجـد الثانى ، مهما علوا ، لأنهم أقرب درجة كما نوهنا .

وإن اتحـدت الجهة ، واتحـدت الدرجة قـدم الأقوى قرابة ، والأقوى قرابة هو من تكون قرابته لأبوين ، فإنه يكون أقوى ممن تكون قرابته لأب واحـد ، فالأخ الشقيق أقوى قرابة من الأخ لأب ، فيقدم عليه ، وابن الأخ لأب ، والعم الشقيق يقدم على العم لأب ، وأبناؤها كذلك يكون الترتيب فيما بينهم ، وإن تعـدد العصبات ، وكانوا جميعا من جهة واحـدة ، وفى درجـة

واحـــدة ، وقوة قرابتهم واحـــدة ؛ كانوا جميعا مستحقين ؛ إذ لا تفـاوت بينهم ، ولا وجه لترجيح أحـــدهم على الآخر • فيكونون فى التعصيب سواء •

ويلاحظ أنهم إذا كان فيهم إناث استوفين شروط التعصيب كن عصـــبة بالغير على أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين(٨٠) •

ويجب أن يلاحظ أن العصبة يأخـذون دائما الباقى بعـد أصحاب الفروض ، فإن لم يبق شىء بعـــد أصحاب الفروض لا يأخـذ العصبة شيئا كما هو ثابت فى كل المسائل التى فيها عول ؛ والتى لا عول فيها ؛ فإذا كان فى المسألة زوج وأخت شقيقة وأخ لأب وأخت لأب ، فإنه لا يكون للأخ لأب وأخته شىء لأنهما عصبة ولم يبق شىء •

---

(٨٠) الإرث بالتعصب النسبى بينته بعمومه المواد ١٦ ، ١٧ ، ١٨، ١٩ ، ٢٠ وهـــذا نصها : مادة ـــ ١٦ ـــ إذا لم يوجـــد أحـــد من أصحاب الفروض ، أو وجـــد • ولم تستغرق الفروض التركة ، كانت التركة ، أو ما بقى منها بعـــد الفروض للعصبة من النسب ، والعصبة من النسب ثلاثة انواع : (١) عصبة بالنفس • (٢) وعصبة بالغـــير • (٣) وعصبة مـــع الغـــير •

مادة ١٧ ـــ للعصبة بالنفس جهات أربع ، مقـــدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى : (١) البنوة ، وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل • (٢) الأبوة وتشمل الأب والجـــد الصحيح وان عـــلا • (٣) والاخوة وتشمل الاخوة الأبوين ، والإخـــوة لأب ، وأبناء الأخ لأبوين ، وأبناء الأخ لأب ، وإن نزل كل منهما • (٤) والعمومة وتشمل اعمام الميت وأعمام أبيه • واعمام جـــده الصحيح ، وإن علا ، سواء أكانوا لأبوين ام لأب ، وابناء من ذكروا ، وأبناء أبنائهم وإن نزلوا •

مادة ١٨ ـــ إذا اتحـــدت العصبة بالنفس فى الجهـــة كان المستحق للأرث أقربهم درجـــة إلى الميت ، فإن اتحـــدوا فى الجهة والدرجـــة كان التقـــدم بالقوة ، فمن كان ذا قرابتين للميت قـــدم على من كان ذا قربة واحـــدة • فإذا اتحـــدوا فى الجهـــة والدرجة كان الإرث بينهم على السواء •

مادة ١٩ ـــ العصبة بالغير هن : (١) البنات مع الأبناء • (٢) بنات الابن وإن نزل مع ابناء الابن وإن نزل إذا كانوا فى درجتهن مطلقا أو كانوا أنزل منهن إذا لم برثن بغير ذلك • (٣) الأخـــوات لأبوين مع الإخـــوة لأبوين ،والأخوات لأب مع الإخوة لأب ، ويكون الإرث بينهم فى هـــذه الأحوال للذكر مثل حظ الأنثيين •

مادة ٢٠ ـــ العصبة مع الغير هن : الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات أو بنات الابن ، وإن نزل ، ويكون لهن الباقى من التركة بعـــد الفروض ، وفى هـــذه الحال يعتبرن بالنسبة لباقى العصبات كالإخـــوة لأبوين ، أو لأب ، ويأخـــذن احكامهم فى التقـــدير بالجهة والدرجة والقوة •

كما أنه إذا لم يكن أحد من أصحاب الفروض أخذ العصبة التركة كلها .

ويجب أن يلاحظ هنا أنه إذا كانت المسألة المشتركة ، وهى تكون إذا وجد مع الإخوة لأم إخوة أشقاء لم يبق لهم شىء ، فإنهم يأخذون باعتبارهم إخوة لأم ، لاشتراكهم فى الوصف ، ويلغى اعتبار الأب فى التوريث تحقيقا للعدالة فى تطبيق النصوص . كما هو رأى عمر وجمهور من الصحابة .

١٤٦ — وترتيب العصبات على النحو الذى بيناه هو التطبيق الدقيق لقول النبى صلى الله عليه وسلم « فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » :

(أ) فإنك ترى أن جهة البنوة قدمت على غيرها . لأنهم أجزاء المتوفى . فهم شخصه ، أو كشخصه ، وتابعون له تبعية الفرع للأصل ، وكأنه إذا ذكر فقد ذكروا ، ومثل هذا فى المحسوسات الأرض والشجر ، فإنه يكون تبعا لها بحيث إذا ذكرت دخل فى مضمونها ، وإن لم ينص عليه ، وكمثل الشجر والثمر إذا ذكر الشجر دخل الثمر فى مضمونه . وهكذا كل شىء يعد جزءا من شىء آخر ، يعتبر فى مضمونه ومحتواه يدخل عند ذكره من غير نص ، ويكون قريبا من هذا فى الاعتبار حال الأبناء مع آبائهم ، لأنهم أجزاء منهم ، فهم وإن انفصلوا عنهم فى الوجود ، لم ينفصلوا عنهم فى الصلة بالنفس والعرق . فكانوا أولى الناس بمالهم وخلافتهم فيه ، وإن الناس جروا على اعتبار الابن غنيا بغنى أبيه وأمه وجده ، فكان مالهم له ، وهو كأشخاصهم .

ولهذا قدم الأبناء على الأب والأجداد فى التعصيب لأن الأب ليس جزء الابن ، فلا يشتمل الابن عليه ، كما يشتمل الأب على ابنه . وإن الأب أقرب الناس إليه ولده ، وأن الله سبحانه وتعالى قدم الأولاد فى التعصيب على الأصول على غيرهم من الحواشى فلأن الحواشى طريق اتصالهم بالميت إنما هو ذكر أن حق الأبوين مع الأولاد السدس ، فقال « ولأبويه لكل واحد منهما السدس » .

فكانت أولوية الفروع على الأصول ثابتة بالعقل والنقل ، أما تقديم الأصول فى قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » ثم عن طريق أولئك الأصول ، فالإخوة اتصلوا بالميت عن طريق الأب . والأعمام اتصلوا بالميت عن طريق الجد ، ثم الأب . وهكذا تتفاوت درجات اتصالهم بالميت بمقدار قربهم من الأصل الذى يتصلون به ومقدار قرب الأصل الذى

يوصلهم به . وإذا كان اتصالهم بالميت عن الأصل ، فإنه بتطبيق القاعدة الفقهية المقررة أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث بكون الأصول أولى من الحواشي جميعا ، وإن تطبيق هذه القاعدة على ذلك النحو الدقيق جعل جمهور الفقهاء يشركون الإخوة لأبوين والأب مع الجد الصحيح ، لأنهم لا يدلون به ، بل يدلون بالأب وحده .

وهناك وجه آخر لتقديم الأصول على الإخوة والأخوات وأولادهم هو أن ميراث أولئك ميراث كلالة ، كما عبر القرآن الكريم عن ميراث الإخوة والأخوات والكلالة هو الميت الذى ليس له أصل ولا فرع ، فهو قد ذكر ميراثهم فى حال عدم وجود الأصل والفرع ، فحيث وجد الأصل أو الفرع فلا ميراث لهم ، فالأصول بهذا مقدمون على الحواشي ، والذين ورثوا الإخوة والأخوات ولم يعتبروا الجد حاجبا نظروا إلى إدلاء كل منهما بالأب على ما بينا ، ولم يعتبروا من الكلالة عدم وجود الجد ، ولذلك ورثوا الإخوة معه ، وذلك لنص القرآن على ميراثهم ، وعدم نصه على ميراثه .

وليس لأبناء الإخوة ذلك النظر ، لأن القرآن لم ينص على ميراثهم ، فبقى إعمال الحديث : وهو إعطاء أقرب رجل ذكر ، ولا شك أن الجد الصحيح أقرب فى نظر الناس ؛ وفى أحكام الشارع كلها من ابن الأخ ، ولو كان شقيقا ، فله ولاية شرعية على حفيده ، وليس لابن الأخ ولاية مالية إلا باقامة الأب أو القاضى .

وتقديم جهة الأخوة على جهة العمومة لسببين :

أحدهما — أن جهة الإخوة ثابت ميراثها بالقرآن ، لأنها تابعة لميراث الكلالة ، وميراث الكلالة ثبت بالقرآن الكريم ، أما ميراث الأعمام فلم يثبت بهذا النص المحكم المقطوع به فى سنده ودلالته .

والسبب الثانى — أنهم أقرب إلى الميت ، لأنهم جزء الأب بخلاف الأعمام فهم جزء الجد ، والأب بلا ريب أقرب من الجد ، فكان قربهم مشتقا من قرب من يدلون به .

والأعمام فيما بينهم مرتبون هم وأبناؤهم ذلك الترتيب ، فالذين يدلون إلى جد قريب أقرب من الذين يدلون إلى جد بعيد ، ويعتبرون هم وفروعهم جهة فى العمومة أولى من أولاد الجد الذى يليه وفروعه ، وهكذا .

هـذا بيان وجـه الأولوية أو القرب فى الجهات بعضها مع بعض . أما الترتيب بين آحاد الجهة الواحـدة من حيث التقـديم بقرب الدرجه ، ثم قـوة القرابة ، فالسبب فى تقـديم الدرجة أن صاحب الدرجة القربى يكون هـو الذى أدلى به صاحب الدرجة البعيدة ، أو يكون فى طبقته . والأول تنطبق عليه قاعدة أن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجوده ، والثانية تثبت الأولوية بالقياس لأنه يكون مثل من يدلى به صاحب الدرجة البعيدة وشريكه فى التعصيب إن لم يكن سواهما أولى منهما ، فيثبت له ما يثبت لشريكه فى حجب من كان يحجبه .

وأما قوة القرابة ، فلأنها تكون سببا فى قوة الاتصال . وقـوة الاشتراك فى المصالح ، وهى كذلك فى نظر الناس . فالشقيق فى قـوة الاتصال الطبعى ، وعند النـاس أقرب ممن يكون لأب ، فكان كذلك فى نظر الشارع . والله سبحانه وتعـالى أعـلم .

الميـراث بوصـفين

١٤٧ ـ بينا أصحاب الفروض واستحقاقهم واحـدا واحـدا ، وبينا العصبات وجهاتهم ، والترتيب بين درجات استحقاقهم ، وهـذه أحكام تنطبق على من يتحقق فيـه الوصف الموجب للاستحقاق فيها . وقـد يوجـد شخص يتحقق فيـه وصفان ، وكلاهما موجب للاستحقاق ، فقـد يكون الزوج هـو ابن العم . فيكون فيه وصف الزوجية الموجب للاستحقاق بالفرض ، ووصـف العمومة المسوغ للاستحقاق بالتعصيب فى درجته . وقـد يكون اخ لام هـو ابن عم ، فيكون فيه الاستحقاق بالفرضية من ميراث الكلالة ، ويكون فيه وصف العمومة ، فهل يرث بالوصفين إن كان كلاهما يوجب الميراث ؟

المقرر عند الفقهاء أنه إذا اختلفت جهة التوريث ، بأن كان سبب التوريث يختلف ، لتغاير الوصفين واعتبار الشارع كل واحـد منهما سببا للميراث كالأمثلة السابقة ، فإنه يرث بالوصفين ، فيكون الشخص الواحـد وارثا بالوصفين معا ، لأن اختلاف الوصفين الموجبين للتوريث جعله كشخصين مختلفين لتغـاير السبب الموجب فى الوصفين ، فيرث الزوج بفرضية الزوجية ، ويرث البـاقى بالتعصيب ، وإذا كان المتوفى ترك أخا لأم هـو ابن عمـه ، وأما وأختا شقيقة ، فإنه يرث السدس بوصف كونه أخا لأم ، ويرث الباقى باعتباره عصبة إذا لم

يكن عصبة سواه . وعلى ذلك يأخذ السدس فرضا ، وتأخذ الأم مثله ، والأخت الشقيقة النصف . فيكون سدس آخر ، فيستحقه بوصف كونه عصبه .

والسبب واضح فى تعدد الاستحقاق على هذا الوجه . لأن الوصفين متغايران وكل واحد منهما يصلح سببا منفردا ، فعند اجتماعهما لا يلغى ما كان يوجبه كل واحد على الانفراد فيرث بالجهتين .

١٤٨ — وعلى ذلك إذا تعددت القرابة مع بقاء الوصف الموجب للميراث لا يتعدد سبب الاستحقاق ، وذلك كما فى الجدات ، فان الجدات إذا تعددن اشتركن فى السدس ، ولا يتعدى نصيب جدة لتعدد طرق قرابتها ، كان تكون هناك ام أم أم هى أم أم أب وأم أبى أب ، فإن السدس يقسم بين الاثنتين مناصفة . ولا يقسم ثلاثا . فلا تأخذ التى تعددت طرق قرابتها إلا نصيب جدة واحدة . ولا تأخذ نصيب جدتين خلافا للإمام محمد رضى الله عنه كما نوهنا .

والفرق بين هذه الحال والحال التى يرث فيها الوارث بالوصفين المتغايرين أن تعدد الجهة جعل الوصفين الموجبين لميراث متغايرين ، فالزوجيه غير العمومة والأخوة لأم غير العمومة ، وكل منهما وصف موجب للتوريث ، ولا سبب يوجب إلغاء أحدهما ، فيرث بالجهتين ، أما حال الجدات . فإن تعدد طرق القرابة لا يأتى بوصف جديد موجب للتوريث ، إذ هى ترث بوصف كونها جدة واحدة مهما تعددت قرابتها . لأن التعدد لا يغير الوصف .

ولكن الإمام محمدا رضى الله عنه ، أعتبر تعدد القرابة كتعدد الجهات والفرق بينهما ما بينا .

١٤٩ — ولقد تكلم الفقهاء على تعدد الجهات بالنسبة لغير المسلمين ، فقالوا إنها توجب الاستحقاق ما دام التعدد أوجب وصفين موجبين للميراث متغايرين كل منهما يوجب الاستحقاق بالانفراد ، فيرث بالوصفين ولو كان السبب الموجب للتعدد محرما عند المسلمين ما دامت ديانتهم تبيحه ، فلو تزوج مجوسى أمه ، فأعقبت منه بنتا ، فإنها ترث من أمها بالوصفين بوصف كونها بنت ابن وبوصفها بنتا . فتأخذ بالثانى النصف ، والأول السدس ، تكملة للثلثين لأن الوصفين يوجب كل منهما استحقاقا منفردا عن استحقاق الآخر ، فترث بالوصفين . وهذا رأى عمر وعلى وابن عباس وبه أخذ الحنفية .

وروى عن زيد بن ثابت وابن مسعود ، أنها لا ترث بالوصفين وإنما ترث بوصف واحد ، ويختار له أثبت القرابتين ما دامت الجهة لم تتعدد كما فى المثال السابق ، ويختار فى المثال السابق ميراثها بالنصف ، لأنه أثبت القرابتين .

هذا إذا تعددت الجهة فإن الاستحقاق يتعدد كما هو جار بين المسلمين لأن الجهة حيث تغيرت ، فقد تغير سبب الاستحقاق : أما إذا تغير الوصف من غير أن تتغير الجهة ، فإن الاستحقاق واحد ، ويختار من أحد النصيبين أقواهما .

الحجب

١٥٠ — ذكرنا الحجب فى كل مسألة من مسائل أصحاب الفروض فبينا أحوال الحجب عند بيان أحوال المستحقين للفروض الشرعية المقدرة ، وبينا عند بيان العصبات طرائق التقديم والتأخير ، وبذلك تتبين أحوال الحجب فيها أيضا .

والآن نبين الضوابط العامة للحجب ، ونشير إلى تطبيقها ، ونسرد عدد المحجوبين . وقبل أن نذكر ذلك نعرف الحجب ، ونميز أقسامه فنقول :

من قام به سبب الإرث فهو أقسام أربعة :

الأول — مستحق النصف كاملا لا ينقص ، كالبنت عند انفرادها : فإنها تستحق النصف ، وما دامت منفردة فلا يوجد من ينقص نصيبها ، وهذا القسم هو الذى قام به سبب الإرث ، وانتفت فيه موانعه ، أى لم يكن مانع من موانع الإرث التى ذكرناها فى صدد كلامنا ، وكانت حاله مع الأوصاف القائمة التى قيد بها لا يؤثر فيها وارث آخر .

والقسم الثانى — من قام به سبب الإرث . وقام به مانع من موانع الإرث كأن يكون قاتلا ، أو يختلف الدين ، وأحدهما مسلم ، أو تختلف الدار على النحو الذى بيناه آنفا ، وهذا يعتبر فى حكم المعدوم ، لا يرث شيئا ولا يؤثر فى نصيب غيره بحال من الأحوال . فإذا كان للمتوفى ابن قاتل أو غير مسلم ، فإنه يكون كالمعدوم ، لا ينقص نصيب الزوجة ، ولا نصيب الزوج ، ولا نصيب الأم ، ولا يمنع الأب من التعصيب ولا يحجب الإخوة والأخوات . وهكذا ،

وذلك إذا كان للمتوفى إخوة قام بهم مانع من موانع الميراث فإنهم لا يؤثرون فى نصيب الأم فينقلونه من الثلث إلى السدس ويشاركون الجد .

ويسمى من كان على هذه الشاكلة ممن قام به سبب الإرث ووجد مانع ممنوعا أو محروما ، وتسمى حاله حال حرمان أو حال منع .

القسم الثالث — ورثة قام بهم سبب الإرث ، وانتفى المانع ، بأن لم يوجد بهم مانع من موانع الإرث مطلقا ، ولكن وجد من هو اولى منهم بالميراث ، فلم يأخذوا معه شيئا كالجد ، عند وجود الأب ، والأخ لاب عند وجود الأخ الشقيق ، وبنت الابن عند وجود بنتين من غير أن يوجد من يعصبها ، وابن الابن مع الابن ، والجدة عند وجود الأم ، والجدة البعيدة مع الجدة القريبة ، وغير ذلك ، وهؤلاء يسمون محجوبين حجب حرمان ، ولا يسمون محرومين .

والفرق بين هذا الحجب والحرمان — أن الحرمان يوجد فيه سبب التوريث ، ولا تنتفى موانعه ، أما الحجب فانه يوجد فيه سبب التوريث ، وتنتفى موانعه ، ولكن يوجد من هو أولى بالميراث منه ، لأن الاستحقاق فى الميراث له درجات ، ولا يستحق أهل درجة ما دام أهل الدرجة التى تسبقها على قيد الحياة .

القسم الرابع — من قام به سبب الإرث ، وانتفت موانعه ، ولم يكن من هو أولى منه ، ولكن وجد من اقتضى وجوده تعديل الأنصبة ، فانتقص نصيبه وانتقل من الأكثر إلى الأقل ، كأحد الزوجين مع الفرع الوارث ، والأم مع الفرع الوارث أو الجمع من الإخوة ، والأم مع أحد الزوجين ، والاب فى المسألة الغراوية ، فإن وجود بعض الورثة أثر فى انصبة بعضهم ، وجعلهم يأخذون الأقل بدل الأكثر ، ويسمى الذين نقصت أنصبتهم محجوبين حجب نقصان ، والفرق بينه وبين حجب الحرمان واضح فى حقيقته ، وفى سببه ، أما الحقيقة فهى أن حجب الحرمان لا يأخذ فيه المحجوب شيئا ، وحجب النقصان يأخذ فيه ، وأما السبب فهو أن حجب الحرمان يكون فى الورثة من هو أولى بالاستحقاق من المحجوب ، وأما حجب النقصان فيكون من الورثة من اقتضى وجوده تعديل التقسيم .

١٥١ — من هذا تتبين حقيقة الحجب ، وتتميز أقسامه ، والآن نبين

الأصول الفقهية التى بنى عليها الحجب ، فنذكر القواعد التى يقوم عليها ؛ وقد كنا نشير إليها فى أثناء بيان الحجب فى مواضعه على شكل علة له ، والآن نجعل بيانها نضبطها ، وها هى ذى :

القاعدة الأولى للحجب — أن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب حجب حرمان عند وجود ذلك الوارث ، لأنه حيث اجتمع الوارث ومن يدلى بسببه ، كان هو أولى بالميراث منه ؛ لأنه أقرب إلى الميت ، ولأن البعيد إنما اتصل بالميت بسبب ذلك القريب ؛ ولقيامه مقامه ، وحيث وجد الأصل لا يستحق من كان بدلا عنه .

وإن هذه القاعدة تسرى على العصبات من غير استثناء ، فالأب يحجب الجد ، والأخ الشقيق يحجب ابنه ، والابن يحجب ابنه ، ويحجب ابنته ، والعم يحجب ابنه ، وهكذا .

وتسرى هذه القاعدة أيضا على كثير من أحوال أصحاب الفروض ، فالأب يحجب الجد فى فرضه ، والأم تحجب أم الأم ، ولا تسرى هذه القاعدة فى بعض أحوال أصحاب الفروض ، كأولاد الأم بالنسبة للأم ؛ فإنهم يرثون مع وجودها ، بل يحجبونها حجب نقصان إذا تعددوا ، ويحجبهم الأب والجد مع أنهم لا يدلون بهم ، لأن النص قيد ميراثهم بأن يكون الميت كلالة ، ليس له والد ولا ولد .

ولكى تكون قاعدة الإدلاء مطردة لا تقبل التخلف ؛ ولا يدخل فى عمومها أولاد الأم ثم يستثنون تكون هكذا : كل من يرث بوصف واستحقاق معين يحجبه من يدلى به إذا كان يرث بذلك الوصف وهذا الاستحقاق ، وبذلك تكون القاعدة جامعة مانعة .

القاعدة الثانية — أن الأقرب يحجب الأبعد إذا كان يستحق بوصفه ونوعه وهذه القاعدة أعم من القاعدة السابقة ، لأنها تشمل البعيد الذى يدلى بأقرب منه ، ومن لا يدلى به ؛ وعلى مقتضى هذه القاعدة يحجب الابن ابن الابن ، ولو لم يكن أباه ، والبنتان تحجبان بنت الابن فى الاستحقاق بالفرض ، والأخ يحجب العم ، وإن كان هذا لا يدلى به ، والأم تحجب الجدة ، والقربى تحجب البعدى من الجدات ، وإن كانت لا تدلى بها ، وهكذا فى كل الأحوال التى يكون فيها أقرب يستحق قدرا بوصف يحجب الأبعد الذى

يستحق ذلك القدر بهذا الوصف ، وهذه القاعدة تتحقق فى العصبات وأصحاب الفروض على سواء •

القاعدة الثالثة — أن الأقوى قرابة يحجب الأضعف منه ؛ فالأخ الشقيق يحجب الأخ الأب ، والأخت لأب لا تأخذ النصف مع وجود الأخت الشقيقة ، وهكذا فى كل الأحوال التى تتحد فيها الدرجة ، وتختلف قوة القرابه ، فيلاحظ أن هذه القاعدة لا تطبق إلا حيث يكون الاشتراك فى الدرجة وإلا فإن اختلفت الدرجة اعتبر الحجب بقربها ، ولا تطبق هذه القاعدة إلا فى العصبات •

١٥٢ — هذه هى القواعد التى تعد أصوب للحجب فى الميراث وهى تكشف كشفا تاما عن نظام التوريث فى الإسلام ، والآن نسرد من يحجبون ومن لا يحجبون ، كما جاء فى قانون الميراث ، وإن كنا قد بينا حكم كل حال فى موضعها •

(أ) قد بين القانون حجب الجدات ، فذكر أنهن يحجبن بالأم مطلقا سواء أكن أبويات أم كن من طريق الأم ، وأن الأب يحجب الأبويات فقط ، وأن أبا الأب يحجب من يدلى به من الأبويات تطبيقا للقاعدة الأولى التى ذكرناها ، وأن القربى تحجب البعدى تطبيقا للقاعدة الثانية(٨١) •

(ب) وبين أيضاً أن أولاد الأم يحجبهم الأصل المذكر ، والفرع الوارث مطلقا مذكرا كان أم مؤنثاً ، وذلك للنص ، لأنه نص على توريثهم مقيدا بأن يكون الميت كلالة ، فهذا نوع من الحجب ، الأصل فى ثبوته هو النص الكريم ، لأن الميراث مقيد فيه بقيد — فلا يثبت عند تخلف هذا القيد(٨٢) •

---

(٨١) قد ذكرت المادتان ٢٣ و ٢٤ الفرق بين الحجب والحرمان ، وهذا نصهما :

مادة ٢٣ — الحجب هو أن يكون لشخص أهلية الإرث ، ولكنه لا يرث بسبب وجود وارث آخر ، والمحجوب يحجب غيره .

مادة ٢٤ — المحروم من الإرث لمانع من موانع لا يحجب أحدا من الورثة .

وقد بينت المادة ٢٥ حجب الجدات ، وهذا نصها : « تحجب الأم الجدة الصحيحة مطلقا ، وتحجب الجدة القريبة الجدة البعيدة ، ويحجب الأب الجدة لأب ويحجب الجد الصحيح الجدة الصحيحة إذا كانت أصلا له » .

(٨٢) بينت المادة — ٢٦ — حجب أولاد الأم ، وهذا نصها : « يحجب أولاد الأم كل من الأب والجد الصحيح ، وإن علا ، والولد وولد الابن ، وإن نزل » .

(جـ) وبين القانون حجب بنات الابن . فذكر أنهن يحجبن بالابن . وابن الابن الأعلى منهن ، وكذلك يحجب بنت الابن البنتان . إذا لم يكن من يعصبهما ، وبنتا ابن أعلى منها ، وأن ذلك تطبيق للقاعـدة الثانية ، وهى أن الأقرب درجة يحجب الأبعـد درجة ، وإذا كان الابن هـو أبا بنت الابن ، فإنه يحجبهـا تطبيقا للقاعـدة الأولى ، وهى قاعـدة الإدلاء[٨٣] .

(د) وذكر القـانون أن الأخت الشقيقة يحجبها الفرع الوارث المذكر وإن نزل ، كما يحجبها الأب . والسبب فى ذلك هـو النص : لأن ميراث الإخوة مشروط بأن يكون الميت يورث كلالة أى ليس هنـاك ابن ولا أب . كمـا فسر جمهور العلماء : والأخت ولو كانت شقيقة تعـد كلالة ، وذلك يقتضى ألا ترث مع وجود الابن أو الأب ، وفوق ذلك الأخت الشقيقة تدلى إلى الميت بالأب واستحقاقها النصف هـو بسبب ذلك الإدلاء . فلا ترث مع وجوده تطبيقا للقاعـدة الأولى .

والأخت لأب تحجب بهـذين الحاجبين للسبب الذى ذكرناه ، وفوق ذلك تحجب بالأخ الشقيق ، لأنه عصبة ، ويحول به ميراث الأخوات الأبوين إلى التعصيب . وهو أقوى قرابة ، فتطبق القاعـدة الأخيرة . وكذلك الأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع الغير تحجب الأخت لأب ، لأنها أقوى قرابة . وقـد تحول التوريث إلى حال الاستحقاق بالتعصيب .

والأختان الشقيقتان تحجبان الأخت لأب إن لم يكن من يعصبها ، لأنه إن لم يكن من يعصبها ، فالميراث بالفرض : والأخت الشقيقة أولى به منهـا لقـوة قرابتها ولم يفضل شىء من الثلثين اللذين اختص بهمـا الأخوات فلا ترث[٨٤] .

---

(٨٣) بينت المـادة ـــ ٢٧ ـــ من يحجب بنات الابن ؛ وهـذا نصها : « يحجب كل من الابن ، وابن الابن وإن نزل بنت الابن التى تكون أنزل منه درجة ، ويحجبها أيضا بنتا ابن أعلى منها درجة ما لم يكن معها من يعصبها طبقا لأحكام المـادة ١٩ .

(٨٤) بينت المـادة ـــ ٢٩ ـــ حجب الأخوات لأب وهـذا نصها : « يحجب الأخـت لأب كـل من الاب ، والابن وابن الابن ، وإن نزل ، كمـا يحجبهـا الأخ لأبوين ، والأخت لأبوين ، إن كانت عصبة مع غيرها ، طبقا لحكم المـادة ـ ٢٠ ـ والأختان لأبوين إذا لم يوجـد أخ لأب » .

الـــرد

١٥٣ – هـذه هي الدرجـة الثالثة في توزيع الميراث ، وهي تكون إذا لم يكن عصبات من النسب ولم تستغرق الفروض التركة كلها ، فهو ضـد العول ؛ وفي هـذه الحال يقسم الباقي على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم .

وليس كل أصحاب الفروض درجة واحـدة في الرد ، فالزوجان لا يرد على أحـدهما مع غيرهما من أصحاب الفروض ، بل الرد – أولا – يكون على أصحاب الفروض غير الزوجين ؛ فإن لم يكن أحـد من أصحاب الفروض غيرهما قط ، ثم لم يكن أحـد من ذوي الأرحام ، وهم أقارب المتوفى الذين لم يكونوا أصحاب فروض ولا عصبات ، ففي هـذه الحال يكون الرد على أحـد الزوجين .

وعلى ذلك يكون للرد مرتبتان : (إحـداهما) الرد على أصحاب الفروض غير الزوجين . ويكون ذلك إذا لم تكن عصبات ، والفروض لم تستغرق التركه (والمرتبه الثانيه) الرد على الزوجين ، وتكون هـذه إذا لم يكن للمتوفى أحـد من أقاربه قط . لا أصحاب فروض ولا عصبات ، ولا ذوو أرحام : ففي هـذه الحال يرد على أحـد الزوجين . لأن الصله بينهما وبين المتوفى أقوى من ولاء العتاقة ، كما هـو مذهب القانون .

وعلى ذلك إذا كان المتوفى قـد ترك أما ، وأختا شقيقة ، فإن الفروض لا تستغرق التركه ، ويرد الباقي على الأم ، والأخت الشقيقه ، بنسبة ثلث إلى نصف أي يقسم على خمسة . تستحق الأم اثنين منها ، والأخت ثلاثا .

وإذا كان المتوفى قـد ترك زوجـة ، وبنتا . وبنت ابن ، فإنه لا يرد على الزوجه ، ولكن الباقي بعـد هـذه الفروض يرد على البنت وبنت الابن ، بنسبه سـدس إلى نصف ، أي يقسم الباقي اربعة أقسام يكون لبنت الابن واحـد ، وللبنت ثلاثة ، وفي كل هـذا ترى احـد الزوجين لا يرد عليه ، لأنه ما دام معه أحـد أصحاب الفروض غيره ، أو أحـد من ذوي الأرحام ، فلا يرد عليه .

١٥٤ – والمسائل التي تشتمل على الرد قسمان :

أحـدهما : أن يكون أصحاب الفروض جميعا يرد عليهم ، وفي هـذه الحال تقسم عليهم التركة من أول الأمر بنسبة فروضهم ، فإذا كان للميت أم ، وأخت

شقيقة وأخت لأب ، فإن الأم تأخــذ السدس ؛ والأخت الشقيقة تأخــذ النصف والأخت لأب تأخــذ السدس ، ويكون أصــل المسألة ستة. فيكون للأم واحــد ، وللأخت لأب مثــله ، ويكون للأخت الشقيقة ثلاثة . فيكون مجموع السهام خمسة(٨٥) فإذا كانت التركة ١٠٠ فــدان قسمت على خمسة ؛ وتستحق الأم على هــذا عشرين فــدانا ، والأخت لأب مثلها ؛ والشقيقة ستين فــدانا .

وإنما قسمت التركة من أول الأمر على عــدد السهام ، للاختصار ، والنتيجة لا تتغير عما إذا أخــذت أولا الفروض المقــدرة ، ثم قسم بعــد ذلك الباقى بنسبة الفروض .

القسم الثانى من المسائل المشتملة على الرد : أن يكون فى المسأله ذوو فروض يرد عليهم ، وأحــد الزوجين لا يرد عليه .

وفى هــذه الحال نسلك لحل المسألة إحــدى طريقتين :

أولاهما — الطريقة المعتــادة ، وهى أن يستخرج أصل المسألة من مخارج الفروض ؛ فيكون الأصل أقــل عــدد يقبل القسمة على مخارج هــذه الفروض ؛ ثم يبين ما يستحقه كل فرض من سهام الأصــل ، وما بقى من السهام يقسم على أصحاب الفروض النسبية ، وهى فروض غير الزوجين بنسبة سهامهم ، ثم تقسم التركة على أصل المسألة ، فإذا كان المتوفى قــد ترك ورثة هم زوجته ، وأمه وأخوان لأمه فإن الأم تستحق السدس لوجود جمع من الإخوة ؛ والأخوين يستحقان الثلث ، والزوجة تستحق الربع ، ويكون أصل المسألة — ١٢ — تأخــذ الزوجة منها — ٣ — وفرض الأم — ٢ ، وفرض الأخوين — ٤ — فيكون الباقى ثلاثة ترد إلى الأم والأخوين بنسبة — ٢ — إلى — ٤ — أو — ١ — إلى — ٢ فيكون للأم من الباقى — ١ — يضاف إلى ما كان لهــا من أصل فرضهما . فيكون مجموع سهامهم — ٦ — ، ثم تقسم التركة ، ولتكن ٢٤٠ ف على أصل المسألة ، ويعطى كل صاحب فرض ما يساوى مجموع سهامه ، وفى هــذه الطريقة عيب لمظنة الخطــأ ، لأن أصل المسألة قــد يكون كبيرا ، وقــد تحتاج إلى تصحيح ، فتزيد الأرقام وتكثر ، وفى كثرتها تكون مظنة الخطأ .

(٨٥) بينت الرد المــادة ٣٠ وهــذا نصها : « إذا لم تستغرق الفروض التركة ، ولم توجــد عصبة من النسب رد الباقى على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم ، ويرد باقى التركة إلى أحــد الزوجين إذا لم يوجــد عصبة من النسب أو أحــد من أصحاب الفروض النسبية ، أو أحــد من ذوى الأرحام » .

الطريقة الثانية — وهى التي يتبعها الفرضيون ،ولا تزيد فيها الأرقام وهى التى نوصى باتباعها : وفى هــذه الطريقة لا يجعل أصــل المسألة هو أصغر عــدد يقبل القسمة على مخارج الفروض ، بل يجعل أصــل المسألة هو مخرج نصيب أحــد الزوجين ، أى مقام الكسر الذى يدل على نصيب أحــد الزوجين ففى المسألة السابقة ، وهى أن يكون الورثة زوجة ، وأما ، وأخــوين لأم ، يكون للزوجة الربع ، وللأم السدس وللأخوين لأم الباقى ، كما ذكرنا . ويجعل أصل المسألة هو — ٤ — وهو مخرج نصيب الزوجة ، وتعطى الزوجــة الربع — ١ — والباقى وهو — ٣ — تقسم بين الأم والأخوين بنسبة سدس إلى ثلث ، أى بنسبة — ١ — إلى — ٢— فيكون للأم — ١ — من الثلاثة الباقية ، وللأخوين — ٢ — وتقسم التركة على ٤ ، ولتكن ١٢٠ ف فتختص الزوجة بثلاثين ، والأم بمثلها والأخوان بستين فــدانا .

وفى هــذه المسألة كان الباقى من السهام بعــد نصيب أحــد الزوجين يقبل القسمة على نسبة الفروض التى يرد عليها ، وأحيانا لا يقبل ذلك الباقى القسمة على هــذه النسبة ، فيصحح أصــل المسألة ، ليكون قابلا للقسمة عليها . ولنضرب لذلك بعض الأمثلة :

(أ) إذا توفيت امرأة عن زوج ، وبنت ، وبنت ابن ، وتركت تركة قدرها ثمانون فــدانا . فإنه يستحق الزوج الربع ، والبنت النصف ، وبنت الابن السدس فيكون فى المسألة رد على غير الزوج ، فيجعل أصل المسألة هــو مخرج نصيب الزوج — ٤ — يأخــذ الزوج منها — ١ — وتقسم الثلاثة الباقية بنسبة سدس إلى نصف أى بنسبة — ١ — إلى — ٣ — أى تقسم الثلاثة على أربعة ، وهى لا تقبل القسمة عليها فيصحح أصل المسألة بضربها فى — ٤ — فصير الأصل الصحيح — ١٦ — يأخــذ منه الزوج — ٤ — والباقى يكون — ١٢ — تقسم على أربعة فتأخــذ البنت — ٩ — وبنت الابن — ٣ — وتقسم التركة ، وهى ثمانون فــدانا على — ١٦ — يختص الزوج منها بعشرين ، والبنت بخمسة وأربعين ، وبنت الابن بخمسة عشر فــدانا .

(ب) وإذا توفى شخص عن زوجة ، وجــدة صحيحة ، وأخت شقيقة ، فإن الزوجة تستحق الربع ، والجــدة تستحق السدس ، والأخت النصف ، فيكون فى المسألة رد على الجــدة والأخت ، ويجعل أصل المسألة مقام الكسر الذى يبين نصيب الزوجة ، فيكون أصل المسألة — ٤ — تأخــذ منها الزوجة ١ — ويقسم

الباقى وهـو — ٣ — على الجـدة والأخت بنسبة سدس إلى نصف . أى بنسبة — ١ — ٣ — أى على أربعة ؛ وهـو لا يقبل القسمة على أربعة • فيصحح الأصل بالضرب فى أربعة ، فيكون الأصل المصحح — ١٦ — فإذا كانت التركة ١٦٠ ف فإنها تقسم عليه ويكون للزوجة ٤٠ ف لأن لها أربعه أسهم ؛ والجـدة — ٣٠ — لأن لهـا ثلاثة ، والأخت — ٩٠ — ف لأن لهـا تسعة أسهم •

(جـ) وإذا توفى شخص عن :

زوجة ، وبنت وبنت ابن ، وأم ، وترك تركة قـدرها ٨٠ ف ، فإن الزوجة تستحق الثمن والبنت النصف ، وبنت الابن السدس . والأم السدس . ويكون فى المسألة رد على ما عـدا الزوجة ، فيكون أصل المسألة — ٨ — تأخـذ منها الزوجة — ١ — ويقسم الباقى وهو — ٧ — على البنت ، وبنت الابن ، والأم . بنسبة نصف ، وسدس وسدس ؛ أى بنسبة — ١ — إلى — ١ — إلى — ٣ — أى يقسم على خمسة ، ولكن العـدد — ٧ — لا يقبل القسمة على — ٥ — فنضرب أصل المسأله وهو — ٨ — فى — ٥ — فيكون الأصل المصحح — ٤٠ — تستحق الزوجة منها — ٥ — والباقى يقسم على — ٥ — يكون الناتج — ٧ — وتأخـذ البنت — ٢١ — وبنت الابن — ٧ — وتستحق الزوجة على هـذا من الأطيان ١٠ ف . والبنت ٤٢ ف ؛ وبنت الابن ١٤ ف . والأم ١٤ ف •

١٥٥ — هـذا الرد ، كما جاء به القانون ، وهـذه طريقة حـله التى يقررها الفرضيون ، قـد بيناها وشرحناها . والآن نبين فقـه الموضوع ، وما اختاره القانون ، وما تركه • فنقول :

اختلف الصحابة بشأن الرد على ذوى الفروض ، على نحو خمسة أقوال :

١ — فقال عبد الله بن مسعود أنه يرد على كل أصحاب الفروض ما عـدا الزوجين ، والأخت لأب ؛ إن كان نصيبها السدس • وبنت الابن إن وجـدت بنت صلبية ، وأولاد الأم ، والجـدات • وذلك لأن الرد لا يثبت إلا للأقوى من أصحاب الفروض الذين لم يحـدد لهم نصيب بعينه فى القرآن لا يقبل التخلف ، وذلك كالبنت ، والأم ، والأخت الشقيقة ، أو لأب ، إن لم تكن شقيقه وبنت الابن ، إن لم تكن بنت صلبية ؛ فإن هؤلاء لهم قـوة فى الفرضية بالنسبة لغيرهم ، وانصبتهم قابلة للتغير ، والانتقال إلى غير الفرضية ، أى إلى التعصيب أو ما يشبهه • فإن الأم تنتقل إلى ما يشبه التعصيب ، وعندما يكون الميراث بينها وبين الأب ، وأحـد الزوجين ، ولم يكن من يحجبها . وعلى ذلك لا يتأتى الرد بالنسبة

للزوجين لأن أنصبتهما لا تقبــل التغيير ، ولا يتأتى الرد على الجــدة ، لأن استحقاقها ضعيف إذ لم يأت به قرآن كريم • والمــأثور السدس فقط فلا يزاد عليه ، وبنت الابن مع البنت فرضها ضعيف لتكميل الثلثين ، فلا يتجاوز ذلك ، وكذلك الأخت الأب مع الأخت الشقيقة •

٢ ــ وقال عثمان بن عفان رضى الله عنه : إن أصحاب الفروض جميعا يرد عليهم ، لأن العول ينقص أنصبتهم ، وقــد جرى العول عليهم جميعا بما فيهم الزوجان والغرم بالغنم ، فحيث يثبت العول يثبت الرد ، ولا فرق بين صاحب غرض وفرض ، ما دمنا لم نفرق بينهما فى العول •

٣ ــ وقال عبد الله بن عباس فى إحــدى الروايتين عنه ، يرد على كل من أصحاب الفروض ما عــدا الزوجين ، والجــدة ، وذلك لأن هــذه الفروض ثابتة بالنص ، ولا وجــه للزيادة عليها فلا رد ، لأن الرد زيادة من غير دليــل ، فلا يرد عليهم •

٤ ــ وقال زيد بن ثابت رضى الله عنه : لا يرد على أحــد من أصــحاب الفروض ، لأن الرد زيادة على النصوص فقــد قــدر الله للبنت النصــف فاعطاؤها أكثر من النصف زيادة على ما قــدر الله سبحانه وتعالى ، وفوق ذلك يكون هــذا مصادمة للنص ، لأن الله أعطى البنت مع الابن الثلث ، وجعل الابن يأخــذ الكل ، إن لم يكن سواه ، فإن جعلنــا البنت تأخــذ الكل إن لم يكن سواها ، فقد جعلناها كالابن ، والشارع لم يجعلها كذلك ، فكان هــذا مصادمة لنص الشارع المحكم الذى لا يقبل تبديلا •

٥ ــ وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه ، إن أصحاب الفروض جميعــا يستحقون الرد ما عــدا الزوجين ، وذلك لقيام الدليل على استحقاقهم بسبب آخر ، دون الزوجين ، فإنه لا دليل على استحقاقهما الا النص الذى فرض النصف والربع ، والثمن فى أحوالها ، فلا يتجاوز هــذا النص ، ولا يزداد عليه من غير دليل ، أما غيرهما من ذوى الفروض فإن الدليل قــد قام على استحقاقهم الباقى بالرد ، وهــذا الدليل هو :

(أ) قوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » فإن هــذا النص يثبت لذوى الفروض من الأقارب حقا آخر غير الفروض ، ولذلك إذا لم يكن أحــد من أصحاب الفرض ، أخــذوا الباقى بتلك الأولوية التى نص

عليها كتاب الله سبحانه وتعالى ، وبذلك يكون لهم باقى التركة بمقتضى تلك الأولوية ، ويوزع الباقى عليهم بمقـدار نسبة سهامهم بعضها مع بعض .

(ب) ولقـد روى أن امرأة أتت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، إنى تصدقت على أمى بجارية فماتت ، وبقيت الجارية ، فقال عليه السلام : وجب أجرك ورجعت إليك الجارية فى الميراث ، وما كانت لتستحق الجارية كلهـا لو لم يكن رد .

(جـ) أن بيت المـال إنمـا يأخـذ الضوائع ، ولا يعـد ضائعا مال من يموت ، ولـه أقارب تعـد حياتهم امتدادا لحياته ، وقـد أثبت القرآن بالنص الكريم خلافتهم ، وبمقتضى هـذه الخلافة المقررة الثابته بالنص التى تؤكد أن حياة هؤلاء امتداد لحياة المورث يكونون أولى من بيت المـال .

وقـد يقول قائل أن الباقى يذهب إلى ذوى الأرحام ، ولكن هـذا القول ليس بوجيه ، لأن ذوى الفروض قرابتهم قوية ، وقرابة ذوى الأرحام دون قرابتهم فهم أولى بأن يرد عليهم من الأرحام ، إذ المقرر أن ذا القرابة القوية لا يأخـذ معه ذو القرابة الضعيفة .

١٥٦ ـــ هـذه مذاهب الصحابة فى الرد ، وقـد اختار الحنفية رأى على رضى الله عنه ، ومعهم الحنابلة ، وأيدوا اختيارهم بالأدلة التى سقناها .

واختار مالك والشافعى رأى زيد بن ثابت الذى منع الرد بإطلاق من غير تفرقة بين وارث ووارث ، وقـد أيد الشافعى اختياره بجملة أدلة منها :

(أ) أن الرد مصادمة لنص القرآن الكريم ، لأنه جعل للأخ الكل ، وللابن الكل وجعل للأخت إذا انفردت النصف ، وكذلك البنت ، فإذا أعطيتها الكل فقـد عارضت النص .

(ب) أن الرد لا دليل عليه ، لا من نص ، ولا من قياس ، إذ الأدلة الشرعية إما أن تكون نصا ، وإما أن تكون حملا على النص ، وإذا لم يكن دليل ، وقدمته على بيت المـال ، فقـد قـدمت ما لا نص على استحقاقه ، على ما ثبت بالإجماع والنصوص استحقاقه ، ويقول فى بيان أنه لا دليل على الرد : « ما معنى الرد ؟ أنشىء وجاء بالاستحسان وليس من أصول الفقـه فى شىء ، ثم هل لنـا أن

نشرع ما لم يشرع الله !! لقد كان إذن يمكن أن نعطى الجيران ، أو البعيد النسب ، وإلا فلماذا جاز الرد ، ولم يجز هذا » .

(جـ) أن قوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » يرى الشافعى أنها مجملة ، بينتها آية الفرائض ، ولم تأت بحكم جديد زائد على الفرائض الثابتة بالنصوص ، ولذلك قال ما نصه : « إن الناس توارثوا بالحلف ، ثم توارثوا بالإسلام والهجرة ، فكان المهاجر يرث المهاجر ، ولا يرث من ورثته من لم يكن مهاجرا . وهو أقرب إليه ممن يرثه ، فنزلت الآية وكانت مجملة . بيانها ما جاء فى توزيع الفرائض بين أصحابها » .

ومع أن الشافعى كان لا يرى الرد تبعا لرأى زيد قد وجد من أصحابه من اختار رأى على رضى الله عنه ، وهو المزنى رضى الله عنه ، فرأيه كرأى الحنفية فى أنه يرد على كل اصحاب الفروض ما عدا الزوجين .

ولقد جاء بعد ذلك من الشافعية ، من رأوا الأخذ برأى المزنى هذا ، إذا لم يكن بيت المال منتظما بعدالة الإمام ، وإعطاء كل ذى حق حقه ، وأما إذا كان بيت المال منتظما ، والعدالة فيه قائمة ، وكل مال منه يصرف فى مصارفه ، ولا تتحكم فيه الأهواء ، فإنه فى هذه الحال يؤخذ بما قرره الشافعى نفسه ، وأن تلك التفرقة بين بيت المال المنتظم هى الآن القول الراجح المفتى به فى المذهب الشافعى .

وهذه التفرقة أيضا هى القول المعتمد المفتى به عند متأخرى المالكية ، فهم يردون على أصحاب الفروض ما عدا الزوجين ، إذا لم يكن القائم على بيت المال ينفق ماله فى مصارفه ، وقد علمت أن رأى متقدميهم هو رأى زيد رضى الله عنه الذى لا يرد على أحد من أصحاب الفروض .

١٥٧ — وقانون الميراث سار فى الجملة على مذهب على ، ولكنه اقتبس مع ذلك من مذهب عثمان بن عفان رضى الله عنه الذى يرد على الزوجين ، وأخر الرد عليهما عن ذوى الأرحام ، ولذا جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه :

« رؤى من المصلحة تقرير الرد على أحد الزوجين مع تأخيره عن ذوى الأرحام ، فإذا لم يوجد أحد من أصحاب الفروض النسبية ، ولا من العصبة النسبية ، ولا من ذوى الأرحام مع أحد الزوجين ، أخذ كل التركة فرضا

وردا لأن صلة الزوجين فى الحياة تقتضى أن يكون لأحدهما فى هذه الحالة الحق فى مال الآخر بدلا من المستحقين الآخرين ، واقتصر فى الأخذ بمذهب عثمان بن عفان ، على ما إذا لم يوجد مع الزوجين ذو فرض ، أو ذو رحم ، محافظة على صلة القربى التى تربط الميت بقرابته بقسمة ماله بينهم وبين أحد الزوجين ، قال الله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » وكذلك رؤى من المصلحة تقديم الرد على ذوى الفروض ، وتوريث ذوى الأرحام ، والرد على أحد الزوجين على غير العصبة من النسب أخذا برأى كثير من الصحابة ، منهم عبد الله بن مسعود .

٤ ــ ذوو الأرحام

١٥٨ ــ ذوو الأرحام ، وأولو الأرحام معناهما واحد فى اللغة ، وهم الأقارب الذين تربطهم الأرحام . وتشمل الكلمة بهذا كل الأقارب مهما تكن درجات توريثهم ، هذا فى اللغة وأما فى الاصطلاح ، فذوو الأرحام هم الأقارب الذين ليسوا أصحاب فروض ، ولا عصبة ويكونون الأقارب الإناث أو الذكور الذين تتوسط بينهم وبين الميت أنثى غالبا .

ومرتبتهم فى التوريث بعد الرد على أصحاب الفروض النسبيين ، فهم فى ميراثهم قد توسطوا نوعى الرد ، فيقدم عليهم الرد على غير الزوجين ، ويليهم الرد على الزوجين ، وذوو الأرحام أصناف أربعة ، تختلف درجاتهم فى الاستحقاق للتركة ، وهذه أصنافهم ، وهى فى ذكرها بترتيبها فى الميراث :

الصنف الأول ــ فروع الميت الذين تتوسط بينهم وبين الميت انثى ، كبنت بنته وبنت ابن بنته ، وهكذا ، وإن نزلو ذكورا كانوا أو إناثا . وقد عبر عن هذا الصنف القانون بأنهم فروع ابنته ، وإن نزلوا ، وفروع بنت ابنه ، وإن نزلوا .

الصنف الثانى ــ الأصول من الرجال ، وإن علوا إن توسط بينهم وبين الميت أنثى ، أيا كانت درجتهم .

والجدات اللائى يتوسط بينهن وبين الميت جد توصله إلى الميت أنثى ، ويعبر عن هذا الصنف القانون بأنه الجد غير الصحيح ، وإن علا ، والجدة غير الصحيحة وإن علت ، وقد علمت أن الجد غير الصحيح هو الذى تتوسط

بينه وبين الميت أنثى ، والجـدة غير الصحيحة هى التى يتوسط بينها وبين الميت جـد غير صـحيح •

الصنف الثالث ـ فروع الأبوين الذين ليسوا بأصحاب فروض ، ولا عصبة ، وهـذا الصنف يشمل :

(أ) فروع أولاد الأم ذكورا كانوا أو إناثا ، سواء أكانوا فروع الأخ لأم ، أم كانوا فروع الأخت لأم ، لأن أولئك مهما يكونوا ، ليسوا أصحاب فروض ، ولا يعـدون عصبة •

(ب) فروع الأخوات الشقيقات ، أو الأخوات لأب ، مهما نزلوا فابن الأخت الشقيقة ، وبنتها من ذوى الأرحام ، وابن الأخت لأب وبنتها من ذوى الأرحام ، وهكذا كل من يدلى بها ، وذلك لأنه قد توسط بينه وبين الميت أنثى •

(جـ) بنات الإخوة الأشقاء ، أو لأب ، ومن يدلى بهن ، وذلك لأن بنت الأخ الشقيق ، و لأب لا تعـد من أصحاب الفروض ، ولا من العصبات ومن يدلى بهـا ، كابنها وبنتها ، وقـد توسط بينه وبين الميت أنثى ، فيكون من ذوى الأرحام •

(د) بنات أبناء الإخوة الأشقاء ، أو لأب ، يكونون من ذوى الأرحام لأنهن لسن من أصحاب الفروض ولا العصبات ، ولأن بنات الإخوة وهن أعلى درجة يعتبرون من ذوى الأرحام ، كما قلنا الأولى من يكون من النساء دونهن درجة ، وكذلك أولادهن •

هـذا هو الصنف الثالث ـ ومن يشتمل عليه من فروع وشعب •

الصنف الرابع ـ وهـو فروع الأجـداد والجـدات الذين لا يعـدون أصحاب فروض ، ولا عصبة ، كالعمة والخالة ، وبنت العم ، وبنت الخال ، وهكذا •

ويلاحظ أن كل فروع الأجـداد والجـدات الذين ليسوا بعصبة يعـدون من ذوى الأرحام مهما علا الجـد أو الجـدة ، غير أنه يعـد فروع الجـد الأول والجـدة الأولى طبقة ، ومن بعـدهم أولادهم ، وفروع الجـد الثانى والجـدة الثانية طبقة وأولادهم من بعـدهم ، وفروع الجـد الثالث والجـدة الثالثة طبقة وأولادهم من بعـدهم ، وهكذا الجـد الرابع والرابعة ومن يليهمـا •

وهكذا ، كل درجة من الجدود تعد طبقة يكون بعدها أولادها ، ثم تكون الطبقة التي تليها ، ولقد عد القانون لهذا الصنف ست طوائف ، وإن كانت في معناها لا تحصى في الفروض والتقدير ، فالواقع يحددها بعدد محدود .

والطوائف الست التي ذكرها القانون هي :

(أ) أعمام الميت وعماته ، وأخواله وخالاته ، الأشقاء ، أو لأب ، أي فروع الجد الأول ، والجدة الأولى ، الذين انفصلوا بدرجة واحدة ، ما داموا ليسوا عصبة .

(ب) فروع الذين ذكروا في الطائفة الأولى ، أي فروع الجد الأول أو الجدة الأولى الذين انفصلوا بأكثر من درجة ، كبنت العم ، وبنت الخال ، فروع الجد الأول ، والجدة الأولى ، الذين انفصلوا بدرجة واحدة ، ما داموا ليسوا عصبة .

(جـ) وفروع الجد الثاني ، والجدة الثانية ، إذا انفصلوا بدرجة واحدة كالعم عم الأب لأمه ، وعمته أخت أبي الأب ، وخال أمه وأبيه ، وهكذا كل من ليس عصبة من هذه الطبقة .

(د) فروع الطائفة الثالثة ، وهم فروع الجد الثاني ، أو الجدة الثانية ، إذا انفصلوا بأكثر من درجة واحدة ، كبنت عم الأب ، وبنت خالة الأم ، وهكذا بشرط ألا يكونوا عصبات .

(هـ) فروع الجد الثالث ، والجدة الثالثة ، إذا انفصلوا بدرجة واحدة كخال أبي الأب ، وعم أم الأم ، وعمة أبي الأب ، وهكذا .

(و) فروع الطائفة الخامسة ، وهم فروع الجد الثالث والجدة الثالثة إذا انفصلوا بأكثر من درجة واحدة كابن بنت عمة أبي الأب ، وابن خال أم الأم بشرط ألا يكونوا عصبات .

ويلاحظ أن الطبقات التي تلي هذه الطبقات الثلاث من الجدود والجدات يسري عليها ما يسري على هؤلاء ، كما يلاحظ أن كل طبقة مقدمة على ما

يليها عندما يكون التوريث لهـا ، وكل أولاد طبقة مقـدمون على فروعهم وهـكذا(٨٦) .

١٥٩ — هؤلاء ذوو الأرحام ، وتلك طبقاتهم ، ودرجاتهم فى الاستحقاق هى بترتيب ذكرهم الذى بيناه، وعلى ذلك إذا وجـد ذو رحم واحـد استحق باقى التركة وحـده من أى صنف كان ، ومن أى درجة فى صنفه ، وإن تعـددوا ، وتعـددت أصنافهم ، أو طوائفهم ، استحق أهـل الصنف الأول ، وقـدموا على غيرهم ، ما كان منهم واحـد ، أيا كانت درجته ، فإن كان هناك ابن بنت ، وابو أم ، وبنت أخ شقيق ، وخال استحق ابن البنت وحـده ، وحجب من سواه لأن فروع الميت مقـدمون على غيرهم ، إذ هم أقرب جزئية من أصوله .

---

(٨٦) اشتملت على بيان ذوى الأرحام وأصنافهم وطبقاتهم المـادة ٤١ ، وهـذا نصـها :

إذا لم يوجـد أحـد من العصبة بالنسب ، ولا أحـد من ذوى الفروض النسبية كانت التركة أو الباقى لذوى الأرحام ، وذوو الأرحام اربعة أصناف مقـدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى :

الصنف الأول : أولاد البنات ، وإن نزلوا ، وأولاد بنات الابن ، وإن نزل .

الصنف الثانى : الجـد غير الصحيح ، وإن علا ، والجـدة غير الصحيحة وإن علت .

الصنف الثالث : ابناء الإخوة لأم وأولادهم ، وإن نزلوا ، وأولاد الأخوات لأبوين أو لأحـدهما ، وإن نزلوا ، وبنات الإخـوة لأبوين او لأحـدهما ، وأولادهن وإن نزلوا ، وبنات ابناء الإخـوة لأبوين ، أو لأب ، وأولادهن وإن نزلوا .

الصنف الرابع : يشمل ست طوائف ، يقدم بعضها على بعض فى الترتيب الآتى :

الأولى : أعمام الميت لأم ، وعماته ، وأخواله وخالاته لأبوين ، أو لأحدهما .

الثانية : أولاد من ذكروا فى الفقرة السابقة ، وإن نزلوا ، وبنات أعمام الميت لأبوين أو لأب وبنات ابنائهم وإن نزلوا .

الثالثة : أعمام أبى الميت لأم ، وعماته ، وأخواله وخالاته لأبوين ، أو لأحدهما .

الرابعة : أولاد من ذكروا فى الفقرة السابقة ، وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبى الميت لأبوين أو لأب ، وبنات ابنائه ، وأولاد من ذكرن ، وإن نزلوا .

الخامسة : أعمام ابى أبى الميت لأم ، واعمام أبى أم الميت وعماتهما وأخـوالهما وخالاتهما لأبوين ، أو لأحـدهما ، وأعمام أم أم الميت ، وأم أبيه ، وعماتهما وأخوالهما وخالاتهما لأبوين أو لأحـدهما .

السادسة : أولا من ذكروا فى الفقرة السابقة ، وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبى أبى الميت لأبوين أو لأب ، وبنات ابنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا ، وهـكذا .

فإن لم يكن أحد من الصنف الأول قدم أهل الصنف الثانى على من بعدهم فأبو الأم أولى من ابن الأخ لأم ، وبنت الأخ الشقيق ، والخال ، والعمة ، مهما تكن درجة الجد غير الصحيح ، وكذلك الجدة غير الصحيحة .

وإن لم يكن أحد من الصنف الثانى ، وكان أحد من الصنف الثالث ، يقدم على الرابع ، مهما تكن درجته ، فبنت الأخت أولى من العمة . وإن كانت شقيقة أبيه ، وابن ابن الأخ لأم ، أولى من الخال ، والخالة ، والعمة ، مهما تكن قوة القرابة .

وطوائف الصنف الرابع عندما يتولى الاستحقاق إليه مرتبون بدرجاتهم الست ، فأولاد الجد الأول ، والجدة الأولى أولى ، ثم فروعهم من بعدهم ، ثم أولاد الجدة الثانية ، والجد الثانى ، ثم فروعهم من بعدهم ، ثم أولاد الجد الثالث ، والجدة الثالثة ، ثم فروعهم من بعدهم ، وهكذا الجد الرابع ثم من يليه .

هذا كله إذا تعددت الأصناف ، أو تعددت الطوائف فى الصنف الرابع . أما إذا اتحد الصنف ، ولم تتعدد الطوائف ، أو لم يكن ذا طوائف ، وتعدد مع ذلك آحاد الصنف - أو الطائفة ، فإن لكل صنف ترتيبا خاصا به فى درجات الاستحقاق ، وإن كانت فى الجملة تجمعها ضوابط واحدة ، تتحد فى مبدئها وغايتها ، ولنبين ترتيب درجات الاستحقاق فى كل واحد من الأصناف .

١٦٠ — فإذا تعدد آحاد الصنف الأول ، وهم الفروع :

(أ) فإن أولادهم بالاستحقاق أقربهم درجة ، فإن كان المتوفى قد ترك ابن بنت ، وابن بنت ابن ، فإن المستحق ابن البنت ، وإن كان المتوفى قد ترك بنت بنت ، وابن بنت وابن ابن بنت فإن الأولين يستحقان الميراث بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين .

(ب) فإن اتحدوا فى الدرجة وكان بعضهم يدلى بصاحب فرض ، والآخر لا يدلى ، قدم من يدلى بصاحب فرض ، فإن كان للمتوفى ابن بنت بنت وبنت بنت ابن ، فإن الذى يستحق الميراث هو بنت بنت الابن دون ابن بنت البنت ، لأنها تتصل بالميت بصاحب فرض ، وهو بنت الابن ، والآخر لا يتصل بصاحب فرض ، بل بذى رحم .

(جـ) وإن اتحدوا فى الدرجة وفى الإدلاء ، بأن كانوا جميعا يدلون بصاحب فرض أو كانوا جميعا يدلون بذى رحم ، فإن الميراث يكون بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، كأن يكون المتوفى قد ترك بنت ابن ، وابن بنت ابن ، فإنهما يستحقان معا الباقى ، للذكر مثل حظ الأنثيين . وكأن يكون المتوفى قد ترك بنت بنت بنت ، وابن بنت بنت ، فإن الميراث بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين[87] .

١٦١ — وإذا تعدد آحاد الصنف الثانى من ذوى الأرحام ،ولم يكن أحد من الصنف الأول :

(أ) يكون أولادهم بالميراث أقربهم درجة إلى الميت ، فإن كان للمتوفى أبو أم ، وأم أبى أم ، فإن الأول يأخذ دون الأخرى ، لأنه أقرب درجة ، وإن كان للمتوفى أبو أبى أم أم ، وأبو أم أم ، فإن الميراث يكون للثانى ، لأنه أقرب درجة .

(ب) وإن استووا فى الدرجة ، وبعضهم يدلى بصاحب فرض ، والآخر يدلى بذى رحم فإن الميراث لمن يدلى بصاحب فرض ، فإن كان هناك أبو أبى أم ، وأبو أم أم ، فإن الميراث يكون لأبى أم الأم ، لأنه يتصل بالميت بأم الأم ، وهى صاحبة فرض ، والآخر يتصل بالميت بأبى الأم ، وهو ليس بصاحب فرض ، بل هو ذو رحم .

(جـ) وإن كان كلاهما يدلى بصاحب فرض ، أو كلاهما لا يدلى إلا بذى رحم ، فإن اتحدت القرابة ، بأن كان كلاهما من جهة الأب أو كلاهما من جهة الأم ،فإن الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كان للمتوفى أم أم أبى أم وأم أبى أبى أم ، فإن الميراث يكون بينهما على سواء ، وإن كان للمتوفى أم أبى أم وأبو أبى أم ، فإن الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين .

---

(٨٧) ترتيب درجات هذا الصنف بينته المادة ٣٢ وهذا نصها :

الصنف الأول من ذوى الأرحام اولاهم بالميراث اقربهم إلى الميت درجة ، فإن استووا فى الدرجة ، فولد صاحب الفرض ، أولى من ولد ذى الرحم ، وإن استووا فى الدرجة ولم يكن فيهم ولد صاحب فرض ، أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض اشتركوا فى الإرث .

(د) وإن اتحــدوا فى الدرجة ، وفى الإدلاء بصاحب فرض أو ذى رحم واختلفت القرابة بأن كان أحــدهما من قبل الأم ، والآخر من قبــل الأب ، فإنه يكون لقرابة الأم الثلث ، ولقرابة الأب الثلثان ، فإذا كان للمتوفى أبو أم أم وأبو أم أب ، فإنه يكون للأول ثلث التركة وللثانى ثلثاها(٨٨) .

١٦٢ ــ هــذه أحكام الصنف الثانى عند تعــدده ، وعــدم وجود أحــد من الصنف الأول ، أما أحكام الصنف الثالث ، عند تعــدد آحاده ، وعــدم وجود أحــد من الصنفين الأول والثانى : فإنه يكون ترتيب الاستحقاق بينهم على ذلك النحــو .

(أ) إن اختلفت درجاتهم ، كان أولاهم بالميراث أقربهم درجــة ، فإن كان هناك بنت أخ لأم ، وبنت ابن أخ شقيق ، فإن بنت الأخ لأم تكون أولى بالميراث ، لأنها أقرب درجة ، ولو كانت الأخرى يعــد أصلها أقــوى قرابة من أصــل هــذه .

(ب) وإن استووا فى الدرجــة ، وكان فيها ولــد عاصب فهــو أولى من ولــد ذى الرحم ، فإن كان للمتوفى بنت ابن أخ شقيق ، وابن بنت أخ شقيق ، فإن الأولى بالميراث هى بنت ابن الأخ الشقيق ، لأنها تدلى بعاصب ، وهــو ابن الأخ الشقيق ، والآخر يدلى بذات رحم ، وهى بنت الأخت الشقيقة ، فتكون هى أولى منه .

(جـ) وإن استووا فى الإدلاء بعاصب ، أو عــدم الإدلاء بعاصب ، فإنه يقــدم فى الميراث من يكون جــده أقوى قرابة ، فإذا كان هناك بنت أخ شقيق وبنت أخ لأب ، فإن الميراث يكون لبنت الأخ الشقيق ، وإن كان هناك بنت أخ لأب ، وابن أخ لأم ، فإنه تقــدم بنت الأخ لأب ، لأنها أقوى قرابة .

هــذا ما تفيده عبارة القانون ، وهى تفيد أنه إن كان أحــد أولاد الإخوة

---

(٨٨) بينت أحكام الصنف الثانى من ذوى الأرحام المــادة ٣٣ وهــذا نصها : الصنف الثانى من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة ، فإن استووا قــدم من كان يدلى بصاحب فرض ، وإن استووا فى الدرجة ، وليس فيهم من يدلى بصاحب فرض ، أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض ، فإن اتحــدوا فى حيز القرابة اشتركوا فى الإرث ، وإن اختلفوا فى الحيز ، فالثلثان لقرابة الأب ، والثلث لقرابة الأم .

يدلى بعاصب ، والآخر يدلى بصاحب فرض أنه يعتبر ابن العاصب أولى ، فإذا كان للمتوفى بنت أخ لأب ، وابن أخت شقيقة ، فإنه يعتبر ابن الأخ لأب أولى بالميراث ؛ لأنه يدلى بعاصب ، والآخر لا يدلى به .

ولكن هـذا يخالف المذهب الحنفى ؛ ويخالف مذهب أبى يوسـف الذى اعتبر أساسا للتقسيم ، وتوريث ذوى الأرحام لم يخرج عن نطاق ذلك المذهب فلا يمكن أن يأتى بحكم مناقض لما فيه ، والمنصوص عليه أنه إذا كان أحـد أولاد الإخوة يدلى بعاصب ،والآخر يدلى بصاحب فرض ، فإنه لا ترجيح لولد العاصب عليه ، بل ينظر إلى قـوة القرابة ، ففى بنت أخ لأب ، وبنت أخت شقيقة ، الميراث يكون لبنت الأخت الشقيقة لأنها أقوى قرابة .

وعلى ذلك تكون عبارة القانون قاصرة ، ولا نقول أنها مخطئة ، لأن المقابلة كانت فى النص بين ولد العاصب وولدى ذى الرحم ، فإن تكن ثمة مقابلة بين ولد العاصب ، وولد ذى الفرض . فبقى الأمر فيه على حكم رأى أبى يوسـف من المذهب الحنفى وهـو ما ذكرناه(٨٩) .

١٦٣ ــ هـذا ترتيب الاستحقاق فى الصنف الثالث ، أما ترتيب الاستحقاق فى الصنف الرابع ، ولا يستحق إلا إذا لم يكن أحـد من الأصناف السابقة قط ، فإن كان واحـد منهم استحق ، وإلا فهو المستحق .

ويلاحظ فى ترتيب الاستحقاق فيه أنه طوائف ، وكل طائفة فيـه كأنها صنف خاص ؛ ولذلك يكون الترتيب فيه هكذا .

(ا) عند تعـدد الطوائف فى هـذا الصنف ، يقـدم أهل الطائفة الأولى على الثانيه ، والثانية على الثالثة ، وهـذه على الرابعة ، وتلك على الخامسة ، والأخيرة على السادسة ، فلو كانت عمة لا تأخـذ بنت العم ، ولا ابن الخاله ، ولو كانت خالة لا تأخـذ بنت العم الشقيق ، أو لأب ، ولو كانت بنت الخالة أخت

---

(٨٩) بينت ترنيب الاستحقاق فى هـذا القسم المـادة ٣٤ وهـذا نصها :
« الصنف الثالث من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة ، فإن استووا فى الدرجة ، وكان فيهم ولد عاصب فهو أولى من ولدى ذى الرحم ، وإلا قـدم أقواهم قرابة للميت . فمن كان أصله لأبوين ، فهو أولى ممن كان أصله لأب ، ومن كان أصله لأب ، فهو أولى ممن كان أصله لأم ، فإن اتحـدوا فى الدرجة وقـوة القرابة اشتركوا فى الإرث .

الأم ، لا تستحق عمة الأب ، وهكذا كل طائفة مقـدمة على تاليتها ، وقـد بينا ترتيبها فيما بينا .

(ب) وإذا اتحـدت الطائفة يقـدم الأقرب درجة ، سواء أكان من قرابة الأم ، أم كان من قرابة الأب ، فابن الخالة مقـدم على ابن بنت العم الشقيق أو الأب ، لأنه أقرب درجه ، وإن اختلفت جهة القرابة ، وهكذا فى كل الأحوال التى تختلف فيها الدرجة ، ما دامت فى طائفة واحـدة .

(جـ) وإن استوت الدرجة مـع اتحاد الطائفة ، فإن اتفق الحيز مع ذلك بأن كانوا جميعا من قرابة الأب ، أو كانوا جميعا من قرابة الأم ، فإنه يقـدم ولد العاصب على ولد ذى الرحم ، فلو كان للمتوفى بنت عم شقيق ، وابن عمة شقيقة فإن الميراث يكون لبنت العم ، ولو كان للمتوفى بنت ابن عم لأب ، وابن بنت عم شقيق ، فالميراث للأولى لأنها تدلى بعاصب .

وإن اتحـد الحيز ، واستوت الدرجة ، وليس فيهم من يدلى بعاصب أو كانوا جميعا يدلون ، فإنه يقـدم الأقوى قرابة ، فإن كان للمتوفى ابن خالة لأب ، وبنت خالة شقيقة ، وابن خالة لأم ، كان الميراث لبنت الخالة الشقيقة ، لأنهـا أقوى قرابة . إذ عند التقـديم لقوة القرابة يكون من كان لأبوين أولى ممن يكون لأب واحـد ، ومن يكون للأب أولى من أولاد الأم .

(د) وهـذا كله عند اتحاد الحيز ، فإن اختلف الحيز ، بأن يكون بعضهم من قرابة الأم ، والآخر من قرابة الأم كأخوال وأعمام لأم أو أولادهم ، فإنه عند استواء الدرجه يكون لقرابة الأم الثلث ، ولقرابة الأب الثلثان ، ويوزع ثلث قرابة الأم على قرابتهم بالترتيب السابق عند اتحاد الحيز ، فيقـدم المدلى بعاصب ، ثم الأقوى قرابة على غيره ، وإن اسـتووا يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويوزع ما خص قرابة الأب على الترتيب السابق أيضا عند اتحاد الحيز ، فيكون الأولى ولد العاصب فيقـدم على ولد ذى الرحم فإن استووا فى ذلك قـدم الأقوى قرابة على غيره ، فإن استووا كان للذكر مثل حظ الأنثيين والأمثلة يسهل إدراكها بعـد ذلك ، فإن كانت عمة وخالة فللعمة الثلثان ، وللخالة الثلث ، وإن كانت بنت عم شقيقة ، وابن خال لأب ، وبنت خالة شقيقة ، فإن الميراث يكون أثلاثا ، ثلث لقرابة الأم ، والثلثان لقرابة الأب ، وما خص قرابة الأم

يكون لبنت الخالة لأنها أقوى قرابة من بنت الخال وما يخص قرابة الأب يعطى لبنت العم لأنها تدلى بعاصب والأخرى تدلى بذى رحم • وهكذا[٩٠] •

١٦٤ — وقد يكون الشخص ذا قرابتين ، فيكون ابن بنت عمة ، وابن ابن عمة ، فهل يأخذ بالقرابتين ؟ لقد ذكر القانون لذلك تفصيلا ، إذا تعددت القرابة مع اتحاد حيزها ، بأن كانوا من صنف واحد ، وطائفة واحدة ، وحيز واحد ، ففى هذه الحال يأخذ نصيبا واحدا ، وإن كان الحيز مختلفا ، بأن كان ابن عمة هو ابن خال شقيق ، وكان هناك بنت خال شقيقة ، فإن الحيز فى هذه الحال يختلف ، ويأخذ بوصف كونه ابن عمة ثلثى المال ، وبوصف كونه ابن خال ثلثى الباقى ، وتأخذ بنت الخال ثلث الثلث ، وذلك لأن اختلاف الحيز ، جعل جهة التوريث مختلفة ، وقد علمنا فى الماضى أن الوارث يرث بقرابتين ، إذا اختلفت جهة التوريث ، إذ اختلاف جهة التوريث يجعل سبب التوريث يتعدد بتعدد الوصف فيرث بالجهتين ، وهما هنا الحيزان ، وأما إذا اتحد ، فجهة القرابة واحدة ، وسبب التوريث واحد ، فلا يتعدد الاستحقاق فيها • فإن كانت بنت ابن عمة ، هى بنت بنت عم ، ومعها بنت بنت عمة ، فإنها تقاسمها الميراث مناصفة ولا يتعدد استحقاقها بتعدد نصيبها[٩١] •

---

(٩٠) بينت ترتيب درجات الاستحقاق فى الصنف الرابع المادتان ٣٥ و ٣٦ وهذا نصهما :

مادة ٣٥ — فى الطائفة الأولى من طوائف الصنف الرابع المبينة بالمادة ٣١ إذا انفرد فريق الأب ، وهم أعمام الميت لأم وعماته ، أو فريق الأم وهم أخواله وخالاته قدم أقواهم قرابة ، فمن كان لأبوين فهو أولى ممن كان لأب ، ومن كان لأب فهو أولى ممن كان لأم ، وإن تساووا فى القرابة اشتركوا فى الإرث . وعند اجتماع الفريقين يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ، ويقسم نصيب كل فريق على النحو المتقدم ، وتطبق أحكام الفقرتين السابقتين على الطائفتين الثالثة والخامسة .

مادة ٣٦ — فى الطائفة الثانية يقدم الأقرب منهم درجة على الأبعد ، ولو من غير حيز ، وعند الاستواء واتحاد الحيز يقدم الأقوى فى القرابة ، وإن كانوا جميعا أولاد عاصب أو أولاد ذى رحم ، فإن كانوا مختلفين قدم ولد العاصب على ولدى ذى الرحم ، وعند اختلاف الحيز يكون الثلثان لقرابة الأب ، والثلث لقرابة الأم ، وما أصاب كل فريق يقسم عليه بالطريقة المتقدمة ، وتطبق أحكام الفقرتين السابقتين على الطائفتين الرابعة والسادسة ».

(٩١) اشتملت على ذلك المادة ٣٧ ونصها : « الاعتبار لتعدد القرابة فى وارث من ذوى الأرحام إلا عند اختلاف الحيز »

١٦٥ — هـذه أحكام ميراث ذوى الأرحام ، ويصح أن نضبط الترجيح بينها فى القواعـد الآتية :

القاعـدة الأولى : أن ميراث ذوى الأرحام بالنسبة لتقسيمه بين الذكر والأنثى يشبه تقسيم ما يستحقه العصبات فى النسبة بين الذكر والأنثى ؛ فحيث تساوت درجة الاستحقاق ، وكان المستحقون ذكورا أو إناثا قسم بينهم الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين ، وقـد ذكر فى صـدر كلامنا[٩٢] .

القاعـدة الثانية : أنه إذا تعـدد المستحقون وتعـددت أصنافهم ، فإنه يقـدم الصنف الأول ، فلا يرث أحـد من غيره مـع وجود واحـد منه ، ويليه الثانى فالثالث ، فالرابع ، والرابع طوائف ، وكل طائفة مقـدمة على الأخرى ، ولا تأخـذ طائفة إن كان أحـد ممن قبلها .

القاعـدة الثالثة : أنه إذا تعـددت آحاد الصنف الذى هـو أولى من غيره ، فإن الأولى بالميراث الأقرب درجـة ، وهـذه القاعـدة تنطبق على الأصناف جميعا ، فحيث تعـددت آحاد أى صنف مستحق ، وكان فيهم من هو أقرب درجة من الآخر استحق الأقرب ، بيد أن الصنف الرابع تعتبر الطائفـة كصنف مستقل فلا تعتبر مرجحا إلا بالنسبة للطائفة المقـدمة .

القاعـدة الرابعة : أن المدلى بوارث أولى من غيره ؛ سواء كان ذلك الوارث عصبة أم كان صاحب فرض ، وهـذه القاعـدة تنطبق على الجميع ، بيد أنها فى الصنف الرابع لا تعـد مرجحة إلا فى أهـل الحيز الواحـد من القرابة ، فلا ترجح الشخص على غيره من حيز آخر ، بل ترجحه على من فى حيزه .

ويلاحظ أن الترجيح بالإدلاء بعاصب إنما يكون عند التساوى فى الدرجة .

وأنه عند التساوى فى الدرجة والإدلاء بوارث يقـدم الأقوى قرابة ، ويلاحظ أيضا أن ذلك لا يعتبر مرجحا فى النصف الرابع إلا فى أهـل الحـيز الواحـد ، أى القرابة الواحـدة كما ذكرنا .

القاعـدة الخامسة وهى الأخيرة : أنه بالنسبة للقسمين الثانى والرابع

(٩٢) بينت ذلك المـادة ٣٨ وهـذا نصها : « فى إرث ذوى الأرحام يكون للذكر مثال حظ الأنثيين » .

تكون قرابة الأب حيزا ، وقرابة الأم حيزا ، ويكون لقرابة الأم الثلث ، ولقرابة الأب الثلثان ؛ وشرط ذلك فى الصنف الثانى ، أن يتساوى ذوو الأرحام من الأصول فى الدرجة والإدلاء بوارث ، أو عـدم الإدلاء ، فإن اختلفوا فيهمـا فالأقرب درجة أو المدلى بوارث عند التساوى فيهما أولى من غيره أيا ما كان حـيزه .

وشرط ذلك فى الصنف الرابع أن تتساوى الدرجة ، فإن اختلفت الدرجـة فالأقرب درجة أولى من أى حيز كان ، فإن تساووا فى الدرجة فلقرابة الأم الثلث ولقرابة الأب الثلثان ، ويرجح بين كل حيز بالإدلاء بوارث ، ولا يكون إلا من العصبات ، فإن استووا فيرجح كل حيز بقوة القرابة ، فمن كان أصـله لأبوين يقـدم على من كان أصـله من أب واحـد ، ومن كان أصـله لأب يقـدم على من كان أصـله لأم فإن اشتركوا فى كل الوجوه قسمت بين أهـل كل قرابة حصتها ، للذكر مثل حظ الأنثيين .

١٦٦ — هـذه أحكام ميراث ذوى الأرحام ، كما جاء بها القانون ، قـد بيناها ، وضربنا الأمثال لتوضيحها ، والآن نتكلم عن فقهها ، فنبين أقـوال الفقهاء فى ميراثهم ، ومن أى مذهب استقى القانون ، فنقول :

اختلف الفقهاء فى ميراث ذوى الأرحام فى نواح شتى تتعلق بهم ، فاختلفوا أولا فى أصل توريثهم ، واختلفوا ثانيا فى طريق توريثهم ، ولنتكلم فى كل ناحية من هاتين الناحيتين .

لقـد اختلف الصحابة فى إعطاء ذوى الأرحام ميراثا ، إن لم يكن عصبة ولا ذوو فروض من الأقارب ، فقال على بن أبى طالب وعمر بن الخطاب ، وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وغيرهم من علية الصحابة أنهم يرثون بعـد العصبات والرد على ذوى الفروض النسبية ، وقال زيد بن ثابت ومعـه بعض الصحابة أنهم لا يأخـذون شيئا ويكون المـال لبيت المـال .

وقـد اختار القول الأول أبو حنيفة وأحمد رضى الله عنهما ، واستدلوا من ثلاثة وجـوه :

أولها : قوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » وأولو الأرحام كلمة عامة تشمل الأقارب جميعا ، سواء أكانوا عصبات أم كانوا

ذوى سهام مقدرة ، أم لم يكونوا من الفريقين ، فذوو الأرحام الذين ليسوا من الفريقين داخلون فى الأولوية التى ذكرها القرآن الكريم ، ومن تلك الأولوية أن يأخذ بعضهم مال بعض ، إن لم يكن له سواهم ، فهم أولى من غيرهم بنص كتاب الله فيكونون بلا ريب أولى من بيت المال .

ولقد قال الله تعالى أيضا : « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون » ولا شك أنهم من الأقارب ، فيستحقون بذلك الوصف .

ثانيها : أن عمر رضى الله عنه أعطى الخال عند عدم وجود غيره ، وأسند ذلك إلى حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إذ قال : إن النبى صلى الله عليه وسلم قال : الله تعالى ورسوله مولى من لا مولى له ، والخال وارث من لا وارث له ، فكان هذا سنة صحيحة صريحة فى صحة توريث ذوى الأرحام ، فليس لأحد بعدها أن يقول أن ميراثهم لا سند له من النصوص .

ثالثها : أن ذوى الأرحام إن لم يأخذوا أعطى بيت المال . أى أعطى المال لجماعة من المسلمين ، ونحن إن نظرنا نظرا مجردا لنعرف أيهما أحق ؟ القرابة القريبة كالعمة والخال والخالة ، أم جماعة المسلمين عامة ، نجد أن الفريقين يشتركان فى وصف عام وهو الإسلام ، وذوو الأرحام ينفردون بوصف خاص وهو القرابة ، فكانت القرابة مرجحة ؛ على فرض أنها تكون مثبتة لأصل الانفراد .

٦٦٧ – ولقد اختار رأى سيدنا زيد الإمام مالك والإمام الشافعى رضى الله عنهما ، ووجه اختيارهما أن الله سبحانه وتعالى فى محكم آياته تولى القسمة العادلة بين الوارثين ، ولم يعط ذوى الأرحام شيئا ؛ ولم تصح فى ميراثهم سنة . فيكون إعطاؤهم من غير نص ولا حمل على نص ، ولا يثبت حق لأحد من غير نص أو حمل عليه . بل لقد صح عندهما أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن ميراث العمة والخالة ، فقال : أخبرنى جبريل أن لا شىء لهما ، وقوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » وقوله تعالى : « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون » — آيتان مجملتان بينتهما آيات المواريث فلا تدلان بعمومهما على معنى جديد ، لأن العام إذا التقى مع الخاص حمل عليه ، لأنه يكون كالمجمل بالنسبة لما يبينه .

وإن مقتضى المذهب الشافعى والمذهب المالكى أنه لا رد ولا يرث ذوو الأرحام ، وأن بيت المال أولى من الرد على ذوى الفروض ، وأولى من إعطاء ذوى الأرحام : لأن جماعة المسلمين وارث من لا وارث له ، ولم يقم دليل من النصوص على الرد ، وتوريث ذوى الأرحام ، ولا قياس فى هذا المقام يوجب الحمل على النص ، وعلى ذلك يكون المال لجماعة المسلمين فيكون المال لبيت مال المسلمين ٠

وإن ذلك يقتضى أن يكون القائم على بيت المال عدلا ، يعطى كل ذى حق حقه ، ويصرف مال بيت المال فى مصارفه ، أما إذا لم يكن بيت المال منظما ، ولم يكن القائم عليه عادلا يصرف مال المسلمين فى مصارفه الشرعية فإن الأساس الذى بنيت عليه الأولوية قد تغير ، ويجب النظر فى الأمر من جديد ٠

ولذلك لما فسد نظام بيت المال فى القرن الثالث الهجرى ، واستمر الفساد كان من علماء الشافعية والمالكية من أفتوا بأن ذوى الأرحام يأخذون بدل بيت المال ، وقد صار ذلك الرأى هو المفتى به من بعد ، ولقد صرح الشافعى بأن أخذ ذوى الأرحام فى هذه الحال هو من باب رعاية المصلحة ، لا من باب التوريث ، إذ التوريث لابد أن يثبت بنص ، أو حمل على نص ٠

١٦٨ — هذا هو الاختلاف فى أصل توريث ذوى الأرحام ، والذين رأوا توريثهم اختلفوا فى ذلك على ثلاث طرائق ، كل طريقة تنبعث من فكرة معينة ٠

الأولى — طريقة أهل الرحم ، وهؤلاء يسوون بين ذوى الأرحام فى العطاء لا يفرقون بين صنف وصنف ، ولا بين درجة ودرجة ، ولا بين قرابة قوية وأخرى ضعيفة ، فلو كان للمتوفى أخت ، وبنت بنت ، فإن الميراث يكون بينهما على السواء ، ولو ترك ابن أخت ، وبنت ابن أخ فالميراث بينهما على السواء ، وإن ترك عمة وبنت أخ فهما سواء ، وهكذا ، وذلك أن السبب الموجب للميراث هو الرحم ، وهى متحققة فى الجميع من غير تفرقة بين صنف وصنف ، وتحققها فى الجميع بقدر مشترك ، فيثبت الميراث للجميع على السواء ، ولأن أساس التفاوت بين أصحاب الفروض وبين العصبات هو النص ، ولا نص فى نظام التوريث بين ذوى الأرحام بحيث يقدم فيه صنف على صنف أو درجة على درجة ، أو قرابة على قرابة ، وما دام لا نص ينظم ، فالعلة المشتركة هى التى تسير ، وهى فى الجميع على السواء ٠

ولقد كان من أنصار هذا الرأى كما حكى السرخسى فى مبسوطه حسن ابن ميسر ونوح بن دراج ، وليس ثمة أحد من معتنقى هذا الرأى من بعد ذلك فى المذاهب الإسلامية المشهورة .

١٦٩ — الطريقة الثانية — طريقة أهل التنزيل ، وهؤلاء لا ينظرون إلى الموجودين من ذوى الأرحام ، بل ينظرون إلى الذين يدلون بهم من أصحاب الفروض أو العصبات ، فيعطون للموجود من ذوى الأرحام نصيب من يدلى به أصحاب الفروض أو العصبات .

١ — فإذا كان للمتوفى بنت بنت وابن أخت شقيقة ، وبنت أخ لأب ، وبنت عم ، نظروا إلى من يدلون به ، وكأن المسألة فيها بنت ، وأخت شقيقة وأخ لأب وعم ، وتقسم التركة على فرض وجودهم ، وما يعطاه كل واحد يكون لفرعه الموجود من ذوى الأرحام ، والتقسيم فى هذه يجعل الميراث بين البنت والشقيقة ، فيكون للبنت النصف يعطى ابنتها ، ويكون للأخت الشقيقة النصف الآخر تعطاه ابنتها ، ولا شىء لبنت الأخ لأب ولا لابن العم أو العمة .

٢ — ولو كان للمتوفى بنت بنت ، وبنت بنت ابن وبنت عم شقيق ، فإنه يفرض الميراث بين بنت ، وبنت ابن وعم شقيق ، ويكون للبنت النصف تعطاه بنتها ، ولبنت الابن السدس تعطاه بنتها ، وللعم الباقى وهو الثلث تعطاه بنته .

٣ — وإذا كان للمتوفى بنت بنت ابن ، وبنت أخ شقيق ، فإن التوريث يكون بين بنت ابن ، وأخ شقيق ، فيكون لبنت الابن النصف تعطاه بنتها ، والباقى للأخ فتعطاه بنته ، ويلاحظ أنه ينظر عند التوزيع إلى الإدلاء لا إلى الأصل وحده ، وإذا نظر إلى ذلك فإنه إن تفاوتت درجات الإدلاء بالوارث فالأقرب فى الإدلاء به يكون هو الأولى بالميراث ، فإذا كان للمتوفى بنت بنت بنت ، وبنت بنت ابن ، فإن الميراث كله يكون لبنت بنت الابن ؛ لأنها أقرب إدلاء بالوارث ، إذ تكون الموازنة بين بنت وبنت ابن ، وهذه تختص بالميراث دون غيرها(٩٣) .

---

(٩٣) مذهب أهل التنزيل أنهم ينزلون الواحد من ذوى الأرحام منزلة من يدلى به إلى الميت من ذوى الفروض أو العصبات ، ويعطونه نصيبه ، فينظر إلى اقرب اصل من ذوى الفروض أو العصبة إلا فى الأخوال والخالات والعمات ، فإنه ينظر إلى الأب والأم لمقام النص ، ويلاحظ فى الإدلاء أن من قرب من يدلى به من العصبة أو صاحب =

هـذه طريقة أهل التنزيل فى توريث ذوى الأرحام وهى مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه ، ولما أخـذ المتأخرون من المالكية والشافعية مبدأ توريث ذوى الأرحام ، عند عدم انتظام بيت المال آخـذوا هـذه الطريقة ، وساروا عليها ، ولم يأخـذوا بالطريقتين الأخريين •

والأساس الذى بنى عليه أهـل هـذه الطريقة نظرهم أن النبى صلى الله عليه وسلم ورث خالة وعمة ، ولم يكن ثمـة ورثة غيرهما ، فأعطى العمة الثلثين .وأعطى الخالة الثلث • وإن ابن مسعود ورث ابنـة بنت ، وبنت أخت فجعل المال بينهما نصفين ، فحـديث النبى صلى الله عليه وسلم يدل على أن النظر فى توريث ذوى الأرحام لا يكون إلى أشخاصهم إنما يكون إلى من يدلون به من صاحب فرض أو عصبة ، والعمة تدلى بالأب ، والخالة تدلى بالأم فيكون الميراث بين الأب والأم ، وفتوى ابن مسعود تؤكد ذلك التفسير •

وفوق ذلك لا دليل على التوريث لذوى الأرحام إلا عموم النصوص ، وهى لم تبين مقادير ، ولا طرق ترجيح ، فكان حقا علينا أن ننظر إلى من يدلون بهم من أصـحاب فروض أو عصبات لأنهم الطريق لقرابتهم ، فنقسم بينهم الميراث • فإن كان أحـدهم أولى ، أو أكثر استحقاقا كان ذلك هـو المبين للمقادير المرجح بينهم ، ولا طريق للترجيح يعتمد على النص سوى ذلك ، وكل طريق غير ذلك لا يعتمد على تقـدير الشارع ، فإن ذلك هـو الطريق الوحيد للحمل على ما قـدره الشارع الإسلامى من سهام وأنصبة •

= الفرض أولى ممن بعـد ، ويقسم بين كل طائفة نصيب من تدلى به على السواء ، إذا كانوا يدلون بأولاد الأم ، أما إن كانوا يدلون بغيرهم فالحنابلة قالوا أنهم يستحقون على سـواء ، ومتأخرو المالكية والشافعية قالوا أنهم كمن يدلون به للذكر مثل حظ الأنثيين .

هـذا وإذا كان فى المسألة أحـد الزوجين يأخـذ نصيبه ، ويقسم الباقى بين ذوى الأرحام كأنه تركة قائمة بذاتها ، فإذا كان المتوفى ترك زوجة ، وبنت بنت أخ شقيق ، فالزوجة تأخـذ الربع وبنت بنت البنت تأخـذ نصيب أمها كما لـو كانت التركة هى ثلاثة الأرباع الباقية ، فتأخـذ نصفها ، وتأخـذ بنت الأخ النصف الباقى لأنه نصيب أبيها ، وهـذا هـو المشهور عند أهـل التنزيل ، وهناك طريقة أخرى فى هـذه الحالة ، وهى الا تعطى الزوجة الثمن بفرض وجود الفرع الوارث وهـو البنت ويكون أصل المسألة (٨) والبنت تأخـذ النصف وقـدره أربعة أسهم ، ويأخذ الأخ الثلاثة الباقية ، ثم يكمل نصيب الزوجة ، فتأخـذ سهما مكملا والباقى يكون ستة أسهم تقسم بنسبة ٤ إلى ٣ اى تقسم على سبعة ، وكان ذلك التقسيم الأول لتبين النسبة بين البنت والأخ ، وما يأخـذه كل يكون لابنته .

١٧٠ – الطريقة الثالثة : طريقة أهل القرابة ، وهى أنهم فى ترتيبهم لذوى الأرحام ينظرون إلى قرابتهم فى ذاتها من حيث قوة الأولوية فيها ، فإنه لا شك أن القرابة مختلفة فى قوتها ، وهى فى ذلك مراتب ، وقرروا أن المستحق من ذوى الأرحام هو أول قريب ، كما أن المستحق فى التعصيب هو أقرب رجل ذكر ، فقاسوا الأولوية فى القرابة بالنسبةلذوى الأرحام على الأولوية فى القرابةبالنسبة للعصبات ، وعلى ذلك قسموا ذوى الأرحام إلى أصناف ، كما قسمت العصبات إلى جهات ، واعتبروا الأولى من ذوى الأرحام الفروع ، كما كان الأولى من العصبات الفروع أيضا ، وهكذا ، واعتبروا الترجيح بقرب الدرجة ثم بقوة القرابة ، ثم يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، كما هو ثابت بين العصبات وبالجملة قاسوا الأولوية فى ذوى الأرحام على الأولوية فى العصبات ، وساروا فى توريث ذوى الأرحام بالطريقة الثابتة فى العصبات ، وإن تلك الطريقة هى مذهب على رضى الله عنه ، وبه أخذ الحنفية ، ولذلك قسموا ذوى الأرحام ذلك التقسيم الذى ذكرناه عند شرح القانون ، ورتبوا بينهم ذلك الترتيب الذى بيناه على اختلاف جزئى فيما بينهم فى التوزيع لا فى أصل الطريقة .

والفرق الجوهرى بين مذهب أهل التنزيل ومذهب أهل القرابة ، أن مذهب أهل التنزيل لا يرتب بين الأصناف ، فلا يقدم صنفا على آخر ، بينما مذهب أهل القرابة يقدم الأصناف بعضها على بعض ، وأن قرب الدرجة لا اعتبار له عند أهل التنزيل ، بل العبرة بقرب الإدلاء بوارث صاحب فرض أو عصبة ، فمن يدلى عن قريب بذى فرض أو عصبة أولى ممن يدلى عن بعيد ، أما مذهب أهل القرابة ، فإن قرب الدرجة أول طرائق الترجيح بين آحاد الصنف الواحد .

١٧١ – انتهينا من بيان الطرائق الثلاث لتوريث ذوى الأرحام ، وقد ذكرنا أن المذهب الحنفى هو الذى حمل لواء مذهب القرابة ، وأن هناك اختلافا جزئيا بين أئمته فى طريق التوزيع والترتيب ، والآن نشير إلى هذه الخلافات ، وقد بينا ترتيب الاستحقاق فى ذلك المذهب ، وهو الذى سار عليه القانون ، واختار فى توزيع الاستحقاق إحدى الطريقتين المشهورتين فى المذهب الحنفى ، وكانتا موضع الخلاف بين أبى يوسف ومحمد رضى الله عنهما ، وأن القانون اختار طريقة أبى يوسف ، وترك طريقة محمد التى كان معمولا بها من قبل ، لأنها كانت المختارة فى الفتوى .

ولم يحصل اختلاف بين الأئمة فى المذهب الحنفى فى الترتيب الذى شرحناه آنفـا ، إلا شيئا يروى عن أبى حنيفه ، من أنه يقـدم الأصول من ذوى الأرحام على الفروع ، وقـد روى هـذه الرواية عنه أبو سليمان عن محمد بن الحسن ، وروى بجوار هـذه الرواية رواية أخرى رواها عنه الحسن ابن زياد ، وأبو يوسف ، عن أبى حنيفة : أن الأولى فى الترتيب الفروع ، كما رأى الصاحبان ، والمشهور فى المذهب ، ويوفق بعض الفقهاء بين الروايتين بأن الرواية الأولى كانت رأيه الأول ، والرواية الثانية المتفقة مع رأى الصاحبين هى رأيه الأخير ، وهـذا توفيق حسن لو كان له سند من الرواية أيضا ، ولم يعتمد على الإمكان العقلى المجرد .

وما عـدا هـذا الخلاف الجزئى فى ترتيب الاستحقاق ، هو موضع اتفاق ، فالتقـديم بالصنف ، ثم بالدرجة ، ثم بالإدلاء بوارث ، ثم ينظر قبل الإدلاء إلى جعل كل حيز من القرابة صنفا قائما بذاته ، يترتب بين آحاده بالإدلاء بوارث ، فى الصنفين الثانى والرابع إلى آخر ما بينا ، فى ضوابط الترجيح .

١٧٢ — والخلاف بين أبى يوسف ومحمد هو بالإجمال فى أمرين :

أحـدهما — أن أبا يوسف عند التساوى فى الدرجة والإدلاء بوارث ، ينظر إلى قوة القرابة ، فيقـدم الأقوى عند التفاوت بينهم فيها ، فإن تساووا يقسم على ذوى الأرحام الموجودين من غير نظر إلى أصولهم ، وإنما ينظر إليهـا ليتبين أيهم أقـوى فيعطيه ، ولا يلتفت إلى ما سوى ذلك ، ويسرى هـذا فى الصنف الأول ، والصنف الثانى ، والثالث ، والرابع ، فالقسمة عنده على الموجودين من ذوى الأرحام ، من غير نظر إلى ما يدلون به من حيث الذكـورة والأنوثة فيمن يدلون .

أما الإمام محمد فعند الاتحاد فى الدرجة والإدلاء بوارث ، ينظر إلى أقرب شخص للميت يدلون به من حيث الذكورة والأنوثة والاستحقاق ، فيقسم عليه ، ثم يعطى ما استحقه إلى من يليه فى الاتصال ، فإن كانوا ذكورا جميعا أو إناثا جميعا قسم حتى يصل إلى الفرع الموجود ، وإن اختلفوا قسم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهكذا ، ويتعـدد الأصل بتعـدد فروعـه ، فالقسمة عنده لا تكون على أبدان المستحقين ، بل تكون القسمة عنده على أقرب من يدلـون به ، ويكون عنده الاختلاف فى الذكورة والأنوثة ، ثم تنحـدر القسمة على من يليه مـع جعل الذكور طائفة والإناث طائفة ، ثم الذين يلونهم كذلك ، مـع

تعـدد الأصل بتعـدد فرعه ، ويرث الشخص من جهتين إن تعـددت قرابته وهـذا هو الأمر الثانى ، ولنضرب لذلك الأمثال •

(أ) ميت مات عن : بنت بنت بنت

ابن ٤ بنت ٢ بنت ١

بنتى بنت ٦ وابن

ففى هـذا المثال يقسم محمد على الطبقة الأولى ، ويعـد الواحـد بتعدد فروعه ، وبمـا أنها كلها إناث ، فيكون بالسوية مـع ملاحظة التعـدد ، فلا يبتدىء التقسيم إلا حيث تكون الطبقة ألتى تختلف فيها الذكورة والأنوثة ، ففى هـذه الطبقة يبتدىء فيكون الذكور طائفه والإناث طائفة ، ويعـدد الأصل بتعـدد فروعه ، وهنا كانت الذكورة والأنوثة فى الطبقة الثانية ، فيعـد الابن فيها بأبنين ، والبنت التى بجواره بنتين والبنت الأخيرة ببنت واحـدة ، فتقسم التركه إذن فى هـذه الطبقة على سبعة أختص الابن الذى عـد باثنين بأربعه ، والبنت التى عـدت باثنتين باثنين ، والبنت الأخيرة بواحـد • ويذهب ما للأصل إلى الفرع فيختص ابن بنت البنت بواحـد ، وبنتا ابن البنت اللتان هما بنتا بنت بنت بستة •

(ب) توفى شخص عن : اب ١ أم ٢ ام ٦

ام	أب	أب
اب	أب	ام
ام ٢	اب ٦	

ففى هـذه الصورة تقسيم بين الأم والأب ، فتختص قرابة الأم بالثلث ، وقرابة الأب بالثلثين ، وما خص قرابة الأب يعطى أم أبى أم الأب ، لعـدم تعـدد آحادها ، وما خص قرابة الأم ، يقسم بين آحادها على اختلاف بين الذكورة والأنوثة ، فيقسم بين أبى أم أبى أم الميت ، وأم أبى أبى الأم ، أثلاثا ، ثلثه للأول والثلثان للثانية وما خص كل واحـد يذهب لأصله الموجود •

ويلاحظ هنا أن الأصول لا تتعـدد بتعـدد الموجودين من فروعهم بخلاف الحال فى المثال السابق فى الفروع ، إذ هى تتعـدد بتعـدد الفروع والفرق

بينهما أن تعدد الأصول بتعدد فروعهم فى الصنف الأول ، لأن الأصول التى تتعدد بتعدد فروعها ، هى فروع ، فمهما تتعدد فهى فروع ، الفروع للميت تتعدد ، وتتكاثر ، أما الأصول فإنها لا تتعدد بتعدد الموجودين من الأصول لأن أصول الشخص أبوه أو أمه ، ولا يتصور تعددهما ، فلا يتصور للميت أبوان أو أمان ، ولذلك كان لا يتعدد الأصل بتعدد الأصول التى يدلى بها •

(جـ) وإذا توفى شخص عن :

أخت لأب ٣	أخت شقيقة ٩	أخت لأم ٣
بنت ١ ابن ٢	بنت	ابن
ابن ١ بنت ٢	ابن ٩	بنت ٣

ففى هذه المسألة يقسم الميراث بين الأخت الشقيقة ، والأب ، ولام ، فيكون النصف للشقيقة ، والسدس للأخت الأم ، والسدس للأخت لأب ، وتقسم التركة أخماسا ، ثلاثة أخماسها للأخت الشقيقة تكون لفرعها • وخمسها يكون للأخت لأم ، يكون لفرعها ، وخمسها للأخت لأب يكون بين فروعها ، وقد تعددوا فيسلك معهم ما سلكناه فى المثال الأول ، من حيث تعدد الأصل بتعدد فروعه ، والميراث من جهتين ، والقسمه على أول طبقة تختلف ذكورة وأنوثة •

(د) وإذا توفى شخص عن :

عمه شقيقة ٤	خالة لأب ٢
بنت ٢ ابن ٢	ابن
ابنى بنت ٢ بنت ٢	بنت

ففى المسألة يكون للعمة الثلثان لأنها قرابة الأب ، وللخالة الثلث لأنها قرابة الأم ، وما خص الخالة يعطى فرعها ، وما خص العمة يعطى فروعها ، على التقسيم الذى ذكرناه فى المثال الأول ، فيقسم بين بنت العمه ، وابن العمة وتفرض بنت العمة اثنتين لتعدد فرعها ، فيكون نصيبها باثنتين ، ويختص ابن العمة بنصيب اثنتين لأنه مذكر ، وما استحقته بنت العمة يكون لفرعها ، والآخر لفرعه •

١٧٣ ــ هذه طريقة الإمام محمد رضى الله عنه فى التقسيم بين ذوى الأرحام إذا اتحد الصنف ، واتحدت الدرجة ، واتحد الحيز وتعددوا ،

وقد أتينا بمثل لكل صنف ، وتراها جميعها تسير على منطق واحد ، ولقد روى أن ذلك رأى أبى حنيفة أيضا •

ويلاحظ أن أبا يوسف ومحمدا يتفقان فى جملة أمور :

أولها — فى ترتيب الأصناف الأربعة •

ثانيها — فى أنه حيث اختلفت الدرجة فإن صاحب الدرجة الأقرب أولى •

ثالثها — فى أنه إذا اختلف حيز القرابة فى الصنف بأن كان القسم طائفتين إحداهما تدلى بالأم والأخرى بالأب ، ويجعل لقرابة الأم الثلث ، ويوزع بين من يدلون بها مهما يتعددوا ، ولقرابة الأب الثلثان يوزعان بينهم مهما يتعددوا ويتحقق اختلاف الحيز فى الصنف الثانى والصنف الرابع •

رابعها — أنه روى عن أبى يوسف أنه يورث القرابتين فى ذوى الأرحام ، سواء اتحد الحيز أم اختلف ، وقد روى هذه الرواية عنه علماء ما وراء النهر ، وهى المشهورة عندهم ، ولكن روى عنه علماء العراق وخراسان رواية أخرى ، وهى أن ذا الرحم لا يرث القرابتين ما دامت الجهة واحدة ؛ سواء اتحد الحيز أم اختلف ، وذلك يتفق مع منطقه فى توريث الجدات كما هو مشهور ، فإنه لا يورث بالفرض الجدة ذات القرابتين إلا على أنها واحدة ، لاتحاد جهة التوريث •

ولقد أخذ قانون الميراث فى هذا الجزء بمذهب محمد وسائر الأئمة عند اختلاف الحيز ، وأخذ بمذهب أبى يوسف برواية العراق عند اتحاد الحيز ، وهو منطق فى الاختيار مستقيم ، لأن اختلاف الحيز يشبه اختلاف الجهة ، فيكون كالتوريث من جهتين ، أما اتحاد الحيز وتعدد القرابة ، فلا يمكن أن يسرى عليه معنى اختلاف الجهة •

١٧٤ — هذه أوجه الاتحاد بين المذهبين فى توريث ذوى الأرحام ، أما وجوه الاختلاف ، فجوهرها كما بينا :

(أ) أن أبا يوسف ينظر إلى ذوى الأرحام الموجودين فعلا ، ولا ينظر إلى أصولهم الا بمقدار قوة قرابتهم ، ويوزع عليهم عند اتحاد الدرجة والصنف ، وقوة القرابة للذكر مثل حظ الأنثيين على النحو الذى بيناه • وأنه

لا ينظر عند اختلاف الذكورة والأنوثة ، إلا على الموجودين فعلا من ذوى الأرحام . أما أصولهم فلا عبرة باختلافهم عنده ، الا عند الحيز ، أما عند اتحاده فلا ينظر إلى اختلاف فى الاصول ، يقسم عليه .

(ب) وأن أبا يوسف لا يعتبر إلا عدد الموجودين ، وأما محمد فيعدد الأصول بتعدد فروعهم عند إمكان ذلك وتصوره ، هذا جوهر وجوه الاختلاف وقد استدل محمد بثلاثة أدلة :

أولها — أن الصحابة أجمعوا على أنه إذا كانت عمة وخالة يكون للعمة الثلثان وللخالة الثلث باعتبار أن هذه من قرابة الأم ، وتلك من قرابة الأب ، وأنه عند اجتماع الأب والأم يكون للأب الثلثان وللأم الثلث ، وأن هذا المنطق ينير السبيل عند كل توزيع لذوى الأرحام ، فإنه ينظر عند أول اختلاف فى الأصول فى الذكورة والأنوثة ، ويوزع للذكر مثل حظ الأنثيين ، كما وزع بين أصل العمة والخالة ، واعتبر أول إدلاء لهما ، فكذلك يعتبر عند النظر إلى الإدلاء ينظر إلى أول الاختلاف فى الذكورة والأنوثة .

ثانيها — أن المتفق عليه بين الفقهاء أنه يرجح من أدنى بوارث ، وفى هذا ينظر إلى الأصول ، فكان ذلك نظرا إليهم من غير نظر إلى ذوى الأرحام أنفسهم وكان من مقتضى ذلك أن يكون التوزيع أولا على الأصول ما دمنا قد طرحنا النظر إليهم أنفسهم عند الترجيح .

ثالثها — وهو الدليل على تعدد الأصل بتعدد الفرع — أن الباعث على النظر إلى الأصل عند اختلافه ذكورة وأنوثة هو وجود الفرع ، فكان الفرع هو العلة فى ذلك النظر ؛ وحيث تعدد الفرع فقد تعددت العلة ، فيتعدد الأصل ما دام يتصور فى الإمكان العقلى تعدده .

هذه أدلة محمد ، وهى أقيسة دقيقة ، ولكنها ظنية ليست قطعية ، فهى مجموعة ظنون ، وإن تعددت ، ودليل أبى يوسف رضى الله عنه أن ذوى الأرحام إن استووا فى أسباب الاستحقاق ولم يوجد مرجح يرجح فريقا على فريق منهم كان النظر فى الذكورة والأنوثة إلى أبدانهم أنفسهم ، لا إلى أصولهم ، ألا ترى أنه لو كان بأحد مانع لا يستحق من غير نظر إلى أصله ، فكذلك فى العطاء ينظر اليهم أنفسهم من غير نظر الى أصولهم .

وقد أجاب عن استدلال محمد بأن التفرقة بين العمة والخالة ليست بسبب النظر إلى الأصول وحدها ، بل لأن ذلك أدى إلى اختلاف جهة التوريث واختلاف الجهة يؤدى إلى اختلاف السبب ، وحيث اختلف السبب فإن الاستحقاق يختلف •

وأما عند التساوى فى الاستحقاق والسبب فلا موجب للنظر إلى الأصول ، والترجيح بالإدلاء بوارث ليس توزيعا بين الأصول ، إنما ترجيح بين المستحقين أنفسهم بقوة نسبهم •

١٧٥ — هذه أدلة الفريقين • والناظر إلى لب هذا الخلاف بين أبى يوسف ومحمد يرى أن أبا يوسف أخذ بنظرية أهل القرابة أخذا مجردا ، فرتب بين المستحقين بأصنافهم ، ثم بدرجة القرابة ، ثم بالإدلاء بوارث ثم بقوة القرابة ، ثم نظر إلى المستحقين أنفسهم ، ولم يقسم على أصولهم قط ، ولم ينظر إليها ، إلا لترجيح بعضهم على بعض فى بعض الأحوال ، لترتيب درجات الاستحقاق • ولم يتجه إلى الأصول إلا عند اختلاف حيز القرابة ؛ لأنه اعتبر ذلك اختلاف جهة التوريث ، وبذلك النظر أخذ قانون الميراث ، كما بينا •

أما مذهب محمد وأبى حنيفة ، فهو فى لبه اتجاه إلى نظر أهل القرابة مع بعض الاقتباس من نظرية أهل التنزيل ، أو هو فى الواقع مزج بين طريقة أهل التنزيل ، وطريقة أهل القرابة ، فهو أخذ من طريقة أهل القرابة الترجيح بين الأصناف ، والترجيح بالدرجة والإدلاء بوارث ، وأخذ من طريقة أهل التنزيل ، التقسيم بين الذكر والأنثى عند أول اختلاف بينهما •

ولعل أوضح ما أخذه من طريقة أهل التنزيل ما يكون فى توزيع الميراث بين المستحقين فى الصنف الثالث ، فإنك تراه يقسم عند التساوى فى الدرجة والإدلاء بوارث على الإخوة والأخوات أنفسهم ملاحظا استحقاقهم وتعددهم بعدد فروعهم على ما هو مبين •

هذا تحقيق القول فى ذوى الأرحام ، والمعمول به هو مذهب أبى يوسف وقد رجحه السرخسى ، واختاره القانون وقد شرحناه ، وضربنا عليه الأمثال فى صدر كلامنا ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

٥ ـ الرد على أحـــد الزوجين

١٧٦ ـ بينا معنى الرد ، واختلاف الفقهاء فيه وقلنا أن جمهور الصحابة على أنه لا يرد على الزوجين ، وأن عثمان بن عفان رضى الله عنه هـــو وحـــده الذى اختـــار الرد على أصحاب الفروض ، ومنهم الزوجان من غـــير فرق بين الفرض بسبب الزوجية ، والفرض النسبى •

وقلنا أن قانون الميراث أخـــذ بذلك المذهب فى الرد على الزوجين إذا لم يكن أحـــد من ذوى الأرحام ؛ وبذلك تكون المرتبة التى تلى ذوى الأرحام هى الرد على الزوجين ؛ فلو كان للمتوفى زوجته وحـــدها ، ولم يكن ثمة وارث قط من الأقارب عصبات أو أصحاب فروض أو ذوى أرحام فإن الميراث كله يكون للزوجة فرضا وردا ، وكذلك إذا كان المتوفى زوجة فإن زوجها يأخـــذ كل مالها فرضا وردا إذا لم يكن أحـــد من أقاربها مطلقا •

أما إذا اجتمع الزوج أو الزوجة مع أحـــد من ذوى الأرحام ، فإن الزوج أو الزوجة يأخـــذ فرضه والباقى يأخـــذه ذو الرحم المستحق له ذكرا كان او أنثى فإذا كان للمتوفى زوجة وبنت بنت استحقت الزوجة الربع ، واستحقت بنت البنت الباقى ، وإذا كان للمتوفاة زوج وأبو أم ، وابن أخ لأم اســـتحق الزوج النصف وأبو الأم الباقى ، ولم يستحق ابن الأخ الأم شيئا لأن الصنف الثانى مقـــدم على الصنف الثالث •

وإذا كان للمتوفى زوج ، وابن بنت ، وخالة ، فإن الزوج يأخـــذ النصف ، وابن البنت يأخـــذ الباقى ، ولا تأخـــذ الخالة شيئا ، لأن الصنف الأول مقـــدم على من سواه من باقى الأصناف ، وهكذا •

٦ ـ العصـــبة الســـببية

١٧٧ ـ يقصـــد بالعصبة السببية الميراث بولاء العتاقة ، وهو لا يثبت على من كان حر الأصل ، بل يثبت على من كان معتقا ، وفرعا لمعتق ووراثته تكون للمعتق ذكرا كان أو أنثى ، ولعصبة المعتق من الذكور فقط ، فليس فيـــه عصبة بالغير ولا مـــع الغير •

والأصل فى ذلك أن العتق يجعل صلة بين المعتق ومن أعتقه ، ويجعله كأقاربه بحيث يرث منه ، ومرتبته تلى ذوى الأرحام والرد على الزوجين ، كما هـــو نص

القانون ، فلو كان للمتوفى زوجة أو أحـد من ذوى الأرحام ما أستحق المعتق أو عصبته شيئا ، أما إذا لم يكن أحـد من هؤلاء قط ، فإن الميراث يكون له •

وقـد تبين ذلك فى ترتيب درجات الاستحقاق فى أول كلامنا •

١٧٨ ـ والميراث بالعصبة النسبية يثبت لمن يأتى بالترتيب •

(أ) للمعتق ذكرا كان أو أنثى ، فإذا كان لامرأة أمة فأعتقتها كان ميراثها لهـا إذا لم يكن لها أحـد قط من أقاربها ، ولم يكن لهـا زوج ، وترث المعتقة لكونها عصبة سببية - وكذلك إذا كان المعتق ذكرا ، وهـذا لقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » ولقوله عليه السلام « الولاء لحمة ، كلحمة النسب » وقـد أثبت النسب الميراث ، فيثبت الولاء مثله •

(ب) فإذا كان المعتق غير موجود ، ولا أقارب للمتوفى ، ولا أحد الزوجين ، كان الميراث لعصبة المعتق من الذكور فقط ، ولا يدخل فيهم النساء عصبة بغيرهم أو مع غيرهم ، لأن العصبة السببية أساسها النص ، وقـد ورد فى الذكور دون الإناث ، ولأن عمل الصحابة كان على ذلك ، فلم يكن فى الولاء عصبة من النساء إلا من أعتق ، وينسب إلى النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليس للنساء من الولاء الا من أعتقن أو أعتق من أعتقن » •

وترتيب عصبات المعتق ، كترتيبهم فى النسب تماما ، فتقـدم جهة البنوة على جهة الأبوة للمعتق ، وجهة الأبوة على جهة الأخوة ، وهكذا •

بيد أن أبا يوسف قـد نص على انه إذا كان للمعتق ابن أو ابن ابن ، وله أب ، فإن الأب لا يحجب حجب حرمان ، بل يكون له السدس ، وللابن أو ابن ابن الباقى ، وذلك لـما هو معلوم من أن الأب له على مال ابنـه نوع من الملك ، فإذا أعتق عبدا ، فللأب فى ذلك نوع ولاء ولا يثبت له ابتداء ، لذلك قرر أبو يوسف أن يكون له السدس مع هـذا الابن • وللقياس على حال العصبة النسبية فإن الأب يكون له السدس ، مع أن الابن أو ابن الابن هو العصبة النسبية •

١٧٩ ـ ويلاحظ أيضا أن الجـد هنا يشترك فى التعصيب مع الإخوة الأشـقاء أو لأب ، ويشاركونه فيـه على حسب القانون ، إذ اعتبر التعصيب السببى كالنسبى فجعلهم(٩٤) يشاركون لتكون الأحكام واحـدة •

---

(٩٤) يلاحظ أن ذلك لم يبينه القانون صراحة ، بل جاء فيه ضمنا ، وقـد بينت المذكرة التفسيرية كيف اشتمل القانون على ذلك ، مفيها : =

(جـ) وإذا لم يكن للشخص معتق له ، ولا عصبة له لانقراضهم أو عــدم وجودهم ، فإنه تكون العصبية السببية معتق معتقه ، إن كان معتقه لم يكن حر الأصل ، وذلك لأن الولاء يتسلل فيثبت على المعتق ، وينسحب منه إلى من أعتقه هو ، ويستحق ذلك معتق المعتق سواء أكان ذكرا أم أنثى لعمل الصحابة ، وللأثر المنسوب إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، الذى أخــذ الصحابة بمعناه ، وإن كان فى رواية نصه نظر .

فإن لم يكن هــذا المعتق للمعتق موجودا ، وله عصبة نسبيون فإنهم يرثن على ألا يستحق منهم إلا الذكور ، فلا يستحق الإناث(٩٥) شيئا على وجه كونهم عصبة بغيرهم أو مع غيرهم ، ومع ملاحظة أن الجــد يشارك الأشقاء أو لأب ، كما بينا ، وهكذا معتق معتق المعتق وعصبته إن كان أحــد من هؤلاء .

(د) وإذا لم يكن معتقه موجودا ، ولا عصبته ، ولا معتق معتقه ولا عصبته

= « سوى بين العصبة النسبية والعصبة السببية فى مشاركة الإخــوة الأشقاء أو لأب للجــد فى الميراث إذ لا وجــه لاختلاف الحــكم ، واخــذ فى توريثهم بمذهب الصاحبين ، ويلاحظ أن حكم التسوية وإن لم يذكر صراحة فى المــادة ٤٠ من المشروع ، فإن هــذا الحكم مستفاد من النص فيها على أنه عند عــدم المعتق ينتقل الإرث إلى عصبته بأنفسهم على الترتيب المذكور فى المــادة ١٧ ومن النص على أن نصيب الجــد فى العصبة السببية لا ينقص دائما عن السدس » .

السير هنا كان على مقتضى مذهب على ، وليس على مقتضى مذهب زيد الذى اختاره الصاحبان ، فليس القانون سائرا على مذهب الصاحبين كما ذكرت المذكرة .

(٩٥) قال بعض الفقهاء أنه إن كان بيت المــال غير منتظم ويقــوم عليه غير عادل تعطى الإناث فلو كان للعتيق بنت معتق أخــذت ، هــذا وقــد اشتملت على أحكام العصبة النسبية المــادتان ٣٩ ، ٤٠ .

مادة ٣٩ ــ العاصب السببى يشمل :

« أ » مولى العتاقة ومن أعتقه أو اعتق من اعتقه .

« ب » عصبة المعتق أو عصبة من اعتقه أو أعتق من اعتقه .

« جـ » من له الولاء على ميت ، أمه غير حرة الأصل بواسطة ابيه ، سواء أكان بطريق الجر أم غيره ، أو بواسطة جــده بدون جر .

مادة ٤٠ ــ يرث المولى ذكرا كان أو أنثى معتقه على أى وجــه كان العتق ، وعند عــدمه يقوم مقامه عصبته على ترتيبهم المبين بالمــادة ١٧ على الا ينقص نصيب الجــد عن السدس وعند عــدمه ينتقل الإرث إلى معتق المولى ذكرا كان أو انثى ، ثم إلى عصبته بالنفس وهكذا ، وكذلك يرث على الترتيب السابق من له الولاء على أبى الميت ثم من له الولاء على جــده وهكذا .

ولا ورثة له ، ولكن لشخص ولاء عتاقة عليه بطريق آخر ، فإنه يأخذ ميراثه إن لم يكن له ورثة قط ، ويثبت الولاء بغير الإعتاق للمتوفى فى حالين :

أولاهما — فى ثبوت الولاء على فروع من أعتقه ، إذا كانت أمه أمة عتيقة ، ومثال ذلك أن يتزوج عتيق عتيقة ، فولدهما يكون حرا ، وولاؤه لمن أعتق أباه ، لأن النسب إلى الأب ، وأبوه يرتبط بصلة الولاء لمن أعتقه ، وكذلك إذا تزوج عتيق عتيقة ، ثم تزوج ابنهما عتيقة أخرى فأنجب ولدا فإن ولاءه يكون لمعتق جده ، ففى هذه الصور وسابقتها يثبت الولاء ابتداء مع أن الإعتاق لم يقع على المتوفى نفسه ، بل وقع على أبيه أو وقع على جده ، ويشترط فى هذه الحال أن تكون الأم غير حرة الأصل ، لأنها لو كانت حرة الأصل فولدها يتبعها ، ولا ولاء لأحد عليه .

الحال الثانية — حال جر الولاء ، وتكون إذا كانت الأمة عتيقة قبل الولادة أو بعدها بيقين ، والأب عبد ، فإن الولاء فى هذه الحال يكون لمعتق الأم ، إلى جهة الأب فالذى جر الولاء فى هذه الحال هو معتق الأب سواء أكان المعتق ذكرا أم أنثى وإعتاق الجد لا يجر الولاء من جانب الأم إلى جانب الأب .

١٨٠ — وشروط جر الولاء كما جاء فى المذكرة التفسيرية ألا تكون الأم حرة الأصل لأنها إن كانت كذلك يكون أولادها أحرار الأصل تبعا لها ، وإن يكون الأب عبدا عند الولادة ، ويعتق قبل موته ، وألا يكون الولد عند إعتاق الأم فى بطن أمه حقيقة بولادته لأقل من ستة أشهر ، أو حكما ، بأن يحكم القانون بثبوت نسبه ، لأنها إن كانت حاملا وقت عتقها ، فإن الاعتاق يرد عليه لأنه يكون جزء أمه ، فيكون ولاؤه لمعتقها أصالة ، ولا يجر لغيره قط ، لأنه جزء منها ، فالإعتاق واقع عليه بالتبع لها أو بالقصد ، وفى الحالين يكون الولاء بالأصالة لمعتقها لا للضرورة .

ويلاحظ أن الولاء الثابت عن طريق أبى العتيق بالجر أو غيره مقدم على الولاء الثابت بإعتاق جده ، لأن الأب مقدم على الجد فى الولاء ، كما هو مقدم عليه فى الميراث ، فمعتق الجد وعصبته متأخرون عن صاحب ولاء الأب وعصبته .

وكل من يثبت له الولاء يثبت له الوراثة إن لم يكن أحــد من الأقارب ، فإن لم يكن المعتق فعصبته الذكور بالترتيب المذكور ، وعصبة صاحب الولاء مرتبون على الطريقة السابقة ، فيكون التقــدم بالجهة ، فإن اتحــدت الجهــة كان الترجيح بقرب الدرجة ، فإن اتحــدت الدرجة كان الترجيح بقوة القرابة على ما بينا ، بيد أن الإناث ليس لهن حق فى العصبة السببية قط ، وقــد نوهنا إلى ذلك كله فى ماضى قولنا •

والعصبة السببية اتفق على التوريث بهــا جمهور الفقهاء ، ولكن خالفهم الإباضية ،وقالوا أن الولاء لا يثبت به توريث ، لأن سبب التوريث القرابة أو الزوجية ، ولا قرابة ، ولا زوجية ، فلا يثبت توريث ، ولم يصح فى الأخبار عن النبى صلى الله عليه وسلم توريث بالولاء ، والقرآن الكريم قــد جاء فيــه « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » فإن لم يكن أولو الأرحام ولا زوجية فالميراث يكون لقبيل الشخص أو جنسه من المسلمين ، إن كان حبشيا كان للمسلمين من الأحباش ، وإن كان عربيا كان للمسلمين من العرب ، إن لم تثبت له قرابة خاصة من بينهم ، وهكذا ، لأن الجنس نوع قرابة ، فإن لم تكن القرابة الرحمية الخاصة الثابتة كانت الوراثة للقرابة العامة ، وهى تكون فى الجنس ، ويروى أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بميراث مولى له مات فقال : هل له من نسب أو رحم ؟ قالوا : لا ••• قال أعطوا ميراثه أهل قريته ، ولم يأخــذه ، وهــو مولاه •

١٨١ — وحجة جمهور الفقهاء فى إثباتهم الوراثة بالولاء ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الولاء لحمة كلحمة النسب » وأن الحرية هى معنى الآدمية فمن أنعم على رقيق بها ، فهو بمنزلة والده الذى كان السبب العادى لوجوده وإذا كان الأب الحقيقى استحق مال ولده بالميراث ، فالأب لحريته يستحق ماله بالميراث إن لم يكن عصبة ، ولقــد ســار على ذلك الصحابة رضى الله عنهم ، وقــد اختلف الفقهاء بعــد ذلك فى هــذا الحق ، أيثبت مع نفيه أم لا يثبت إذا نفــاه ؟ قال مالك رضى الله عنه لا يثبت ذلك إلا إذا كان العتق لوجــه الله سبحانه وتعالى ولم ينف الولاء ، فإن اشترط نفيه انتفى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه يثبت الولاء متى وجــد العتق ، سواء أكان العتق لوجــه الله ، أم كان لغير وجــه الله ، وسواء أكان اضطرارا أم كان اختيارا ولا ينتفى بشرط نفيه ، وذلك لأن الولاء ثمرة العتق ، فحيث وجــد ثبت ، كما أنه من حيث وجد السبب وجد المسبب ، وهى حقيقة شرعية قررها المعتق للمعتق ، فهى من مقتضى العتق ، وكل شرط يصحب العتق مخالفا لمقتضاه يصح العتق ويلغى الشرط •

ولقد قرر الفقهاء أن الولاء يثبت التوريث على أنه عصبة سببية تعقب العصبة النسبية ، وتسبق الرد على أصحاب الفروض جميعا ، وتسبق ذوى الأرحام •

ولكن قانون الميراث لم يسر على ذلك ، بل جعل الإرث بولاء العتاقة متأخرا عن ذوى الأرحام ، وعن الرد على الزوجين ، وهو فى ذلك يعمل بمذهب الإباضية عندما يكون ذوو أرحام ، أو أصحاب فروض أيا ما كانوا ، ويأخذ برأى جمهور الفقهاء ، إن لم يكن أحد الأقارب قط ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

نظرة إلى التوريث فى الإسلام

١٨٢ – انتهينا من توزيع التركة على الورثة ، وترتيب درجاتهم ، ومقادير استحقاقهم فى مراتبهم المختلفة ، وقبل أن نتجه إلى ذكر من تئول إليه التركة إن لم يكن أحد من الورثة نريد أن نلقى نظرة فى تعرف مرمى الشرع الإسلامى فى ذلك التوزيع ومقامه من النظم الأخرى فى الميراث •

إن أول ما يلاحظ الدارس فى النظام الإسلامى للميراث أنه جعل ذلك النظام إجباريا بالنسبة للمورث ، وبالنسبة للوارث ، فليس للمورث سلطان على ماله بعد وفاته إلا فى الثلث ، ليتدارك به تقصيرا دينيا فاته فأراد أن يفتديه بالمال أو ليواسى من يستحق المواساة ممن تربطه به صلة مودة أو قرابة بعيدة لا يستحق بها ميراثا ، أو لينفقه فى جهات البر ومصالح الجماعة التى يعيش فيها ، أما الثلثان فليس له فيهما سلطان ، والخلافة فيهما يتولاها الشارع يوزعها بين أسرته بالقسطاس المستقيم ، كل بمقدار حاجته أو بمقدار قرابته •

***

تولى الشارع فى الإسلام الخلافة فى الثلثين ، ولقد جعلهما فى أسرته لا يخرجان عنها بل يوزعان فى دائرتها ، وذلك لأن منافع الأسرة متبادلة فيما بين آحادها ، فالقوى فيها يحمى الضعيف ، والغنى فيها يمد الفقير بماله ، ويعينه على نوائب الدهر ، وقد أوجب الشارع للفقير العاجز عن الكسب نفقة فى مال قريبه الموسر ، ما دام قادرا ، وفى ماله فضل يعطى منه ، فكان

ذلك التبادل الذى أقره الإسلام ، وأوجب بعضه ، وحث على ما لم يوجبه بحكم القضاء — سببا فى أن جعل الخلافة للأسرة فى ثلثى مال المتوفى إجبارا عنه من غير أن يكون له دخل فى ذلك التوزيع ، بل كان التوزيع بوصية الله العادلة بدل وصية غيره القاسطة .

١٨٣ — وإن جعل الوراثة فى الأسرة لا تعدوها ، أراد صاحب المال أو لم يرد بل سواء أرضى أم سخط وهو من عمل الشارع الإسلامى على حماية الأسرة ، وإقامة بنيانها ، وتوثيق العلاقة بين آحادها ، فهو من الناحية المالية والعاطفية حافظ عليها بوجوب نفقة الفقير العاجز فى مال قريبه الغنى القادر ، ويجعل الميراث للأقارب ؛ وقد سار نظام الميراث مع نظام النفقات بين الأقارب فى خطين متوازيين متماثلين ، فجعل النفقة عند العجز لمن يرث المال إن كان غنيا ، والغرم بالغنم والحقوق والواجبات متبادلة .

وحافظ الشارع الإسلامى على الأسرة ، تلك المحافظة ، لأنها وحدة البناء الاجتماعى ، ولا شك أن إحساس كل واحد منهم بأن له شطرا فى مالها ، يأخذ منه عند العجز ، ويئول إليه بعضه عند الوفاة ، مما يقوى دعائمها ويوثق الصلات وينمى التعاون بين آحادها ، وإنه من الوقت الذى يبتدىء الانحلال فى الروابط التى تربط آحاد الأسرة يكون ابتداء انحلال المجتمع فى الأمة الواحدة ، فتصير آحادها متناثرة ، لا وحدة تجمعها ، ولا رابطة تنظمها ؛ ولا اجتماع يقوم على دعائم من الخلق القويم .

١٨٤ — وإن جعل الشارع الإسلامى الوراثة فى الأسرة مجتمعة ، وبعضها أولى من بعض فى بعض الأحيان ، وهو الأمر الوسط بين نظر الاشتراكيين الذين يمحون التوارث محوا تاما ، ولا يعتبرون للشخص مالا إلا مما كسب بيده ، ونظر الافراديين الذين يجعلون للشخص السلطان الكامل على ماله بعد وفاته كما كان له السلطان الكامل عليه فى حياته ، وإن فى كلتا النظرتين اطراحا للأسرة ، فالأولى أهملتها ، ولو أراد المالك رعايتها ، والأخرى تركتها لإرادته ، إن شاء أعطى ، وإن شاء منع ؛ وربما يسير فى العطاء والمنع فيما لا يوثق علائق الأسرة بل فيما يوهنها ، فجاء الشارع الإسلامى وسلب من المورث الإرادة فى الثلثين ، وترك لإرادته السلطان فى الثلث ، ولم يسلب إرادته فى الثلثين إلا لحماية الأقربين له ، فهو لم يسلبه الإرادة إلا ليعطى المال للأسرة بالقسطاس المستقيم ، ولكيلا يكون فى النفس جفوة المنع والإعطاء إن تولى ذلك المورث .

وإن شئت أن تقول أن مال الأسرة بين آحادها ، فيه نوع شركة فقل ، وإن شئت أن تقول أن النظام الإسلامى يشبه الاشتراكية فى الأسرة فقل ، بيد أن الملكية ثابتة لكل مالك ، لا يحل شيء من ماله للآخر ؛ إلا بطيب نفسه ، أو بحكم القضاء ، ومظهر تلك الاشتراكية الضيقة فى معناها هو فى وجوب نفقة القريب على قريبه ، وفى جعل الميراث إجباريا بين آحاد الأسرة على النظام الذى بيناه .

١٨٥ — وإن التوزيع العادل الذى تولاه الله سبحانه وتعالى ، يبدو بادى الرأى أنه يقوم على ثلاثة أقطاب :

أولها — أنه يعطى الميراث للأقرب إلى المتوفى الذى يعتبر شخصه امتدادا فى الوجود لشخصه ، من غير تفرقة بين كبير وصغير ، ولذلك كان أكثر الأسرة حظا فى الميراث الأولاد ، ومن ينتسبون إليه ، لا ينفرد به فريق دون فريق ، ومع أنهم أكثر الناس حظا فى الميراث لا يستأثرون به بل يشاركهم فيه غيرهم ، ولا يكون مجموع ما يستحقون أقل من النصف قط .

وإن مشاركة غيرهم بنحو النصف أحيانا ، هو لمنع تركيز المال فى ورثة بأعيانهم ، فالأبوان إذا يأخذان الثلث ، ويكون من بعدهما لأولادهما ، وهم إخوة المتوفى ، يئول إليهم نصيب الأبوين ، فيكون الاشتراك فى المال بدل الانفراد ، وإن لم يكن أب ، فقد يأخذ الإخوة مع الأولاد كما رأيت فى حال الفرع الوارث المؤنث ، مع أن الإرث كان للأقرب ، لم يكن الإعطاء على سبيل الاستئثار ، بل على سبيل الاشتراك .

١٨٦ — وثانيها : ملاحظة الحاجة ، فكلما كانت الحاجة أشد كان العطاء أكثر ، ولعل ذلك هو السر فى أن نصيب الأولاد كان أكثر من نصيب الأبوين ، مع أنه من المقرر شرعا ، أن للأبوين فى مال ولدهما نوع ملك ، كما ورد فى الحديث الشريف : « أنت ومالك لأبيك » ولكن لأن حاجة الأولاد إلى المال أشد ، لأنهم فى غالب الأحوال ذرية ضعاف يستقبلون الحياة ، ولها تكليفاتها المالية ، والأبوين فى الغالب لهم من المال فضل ، وهما يستدبران الحياة ، فحاجتهما إلى المال ليست كحاجة الذرية الضعاف .

وفوق ذلك فإن ما يرثانه يكون لأولادهما ، ولا يكون للذرية من طريف مالهما وتالده شيء ، لأن أباهما مات وهما على قيد الحياة ، فكان لابد أن يكون حظ الذرية وفيرا .

وإن ملاحظة الأكثر احتياجا هى التى جعلت الذكر ضعف الأنثى ، ذلك بأن التكاليفات المالية التى تطالب بها المرأة فى كل الأمم ، دون التكليفات المالية التى يطالب بها الرجل ، فهو المطالب بنفقة الأولاد وإصلاحهم ، وهو يمدها بحاجتهم ، وأن الفطرة الإنسانية هى التى جعلت المرأة قوامة على البيت والرجل عاملا كادحا لتوفير القوت ، فكان هذا داعيا لأن يطالب هو بتقديم المال ، وتطالب هى بتدبير البيت ، وهذا بلا شك يجعل حاجة البنت إلى المال دون حاجة الابن ، وحاجة الأخت دون حاجة الأخ ، وإن الإعطاء على مقدار الحاجة هو العدل ، والمساواة عند تفاوت الحاجات هى الظلم ، فأولئك الذين يتكلمون فى مساواة الرجل بالمرأة فى الميراث ، لا يسيرون وراء المساواة العادلة ، بل يسيرون وراء المساواة الظالمة •

١٨٧ — ثالثها — أن الشرع الإسلامى فى توزيعه التركة يتجه إلى التوزيع دون التجميع ، فهو لم يجعل وارثا يستبد بها دون سواه ، فلم يجعلها للولد البكر ، ولم يجعلها للأبناء دون الآباء ، ولم يطلق يد المورث يختص بها من يشاء من خلفائه بل وزع كل تركة بين عدد من الورثة ، والصورة التى يستبد فيها وارث بالتركة كلها نادرة جدا ، وهى تكون حيث يقل الأقارب ، وما كان نظام التوريث ليخلق القرابة ، بل ليوزع بينهم بمقدار قربها وقوتها •

لذا ترى الأولاد جميعا يشتركون فى الميراث ، وقد يشاركهم فيه أولاد الأولاد ، وإن كان آباء ، فإنهم سيشاركونهم لا محالة •

وإذا انتقل الميراث من عمود النسب إلى الحواشى ، ويوزع بينهم من غير أن تستبد قرابة دون قرابة ، فإذا كان إخوة أشقاء ، ولأم ، ولأب ، وزع بينهم الميراث فى كثير من الأحوال ، فأولاد الأم ، يأخذون مع وجود أولاد الأب والأم ، مع تعارف الناس فى كل العصور على أن أولئك أقرب رحما ، وأوثق صلة وهم نصراؤه وأعوانه ؛ ولكن لكيلا تتجمع التركة فى حيز واحد أعطوا •

وليس إعطاء أولاد الأم لتوزيع المال وعدم تجميعه فقط ، بل إن ذلك أيضا لنصرة الأمومة ، وإعلان قوة علاقتها ، وأنها تربط الأولاد ، كما يربط الأب بين أولاده ، وهو رد قوى صريح لما كان يجرى عليه عرف العرب من عدم اعتبارهم قرابة الأم ، ثم هو فوق ذلك من شأنه أن يشعر الإخوة الذين تربط صلة الأمومة بينهم بأنهم لا يقلون قوة فى علاقتهم عمن تربطهم صلة الأبوة ، ثم هو فوق هذا وذلك يجعل الأولاد لا ينفرون من زواج

أمهاتهم ، ولا يعضلونهن لتوهم عار أو نحوه ، لأنهم يعلمون أنهم بهـذا الزواج يصلون قرابات بقرابتهم ، ويزيدون الأنصار والأولياء ، والله بكل شيء عليم .

ولقـد كانوا يرثون مع وجود الأم ، ليتحقق لهم نصيب موفور ، لا قـدر ضئيل ، لأن الأم إن حجبتهم لا يئول إليهم من نصيب أمهم إلا قـدر ضئيل ، وهو ما يشتركون فيه مع سائر أولادها ، فيخصهم قـدر غير كبير ، بينما يأخـذ أولاد الأب قـدرا كبيرا لأن الأم لم تحجبهم ، ولقـد كان من يحجبهم هـو من يحجب أولاد الأب تقريبا ، إذ لا يمتاز أولاد الأب عنهم ، إلا أنهم يأخـذون مع الفرع المؤنث ، وهم فى ذلك الحـال لا يستحقون فرضـا ، بل يستحقون باعتبارهم أولى عاصب .

ومـمـا بنى على فكرة التوزيع دون التجميع ، ما قرره العلماء من أن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث ، وإذن لو كان كلاهما يرث لكان ذلك جمعا للتركة فى حيز واحـد ، فلو كان الأب وأبوه يرثان ، لكان ذلك تجميعا لشطر كبير من التركة فى حيز واحـد ، ولو كان الابن وابنه يرثان بقـدر واحـد ، لكان ذلك تجميعا ، ولو كانت الأم وأمها ترثان لكان ذلك تجميعا أيضا ، وكذلك العم وابنه ، وهكذا .

١٨٨ — وإن تأخير ذوى الأرحام عن غيرهم فى الميراث ، إنما ذلك لأنهم وإن وصلتهم الرحم يعـدون من أسرة أخرى غير أسرة المتوفى كما ذكرنا ، ولهم ثروات آلت إليهم من أسرهم ، فكان المعقول ألا يعطوا إلا فى حال عـدم وجود أحـد من أسرة المتوفى ، وأقاربه الأدنين .

إن توريث المولى الذى أعتق ، وإجماع المسلمين على ذلك تقريبا ، وورود الآثار الصحاح به يشجع على العتق ، وفـك الرقاب ، لأنه إذا علم المعتق أنه قريب من أعتقه ، وأنه وليه فيما يترك من مال ، وأنه خليفته ، وأنه فى المنزلة يكون قريبا من أخيه وعمه ، بل أسبق من خاله وابنة أخيه على ما يقول الفقهاء ، أقـدم على الإعتاق ، ليزيد من قرابته ، ويجعله وليا ونصيرا ، بعـد أن كان متاعا وشيئا ، فكأن العتق يكون غنما للمعتق ، وإن كان فى ظاهره غرما .

إنها قسمة الله العادلة ، وتوزيعه الحكيم ، وقـد بينه الله لكيلا يضـل الناس ، وإن ضلوا من بعـد ، فعن بينة وسلطان من الحق مبين ، فتعظم التبعة ويخف الميزان بين يدى الديان ، وقـد قال تعالى فى بيان المواريث : « يبين الله لكم أن تضلوا ، والله بكل شيء عليم » .

بيـــان من تكون لـــه التركة إن لم يكن وارث

١٨٩ — إذا لم يكن أحـــد من الورثة الذين ذكرناهم بترتيبهم ، فإن المال يئول أولا إلى من أراد المورث أن يأخـــذه ، فإن لم يكن أحـــد ممن أراد صاحبه أن يأخـــذه ، أخـــذه بيت المـــال على أنه من الضوائع •

والذين أراد المورث أن يأخـــذوا ماله هم :

أولا — الذين يقر لهم بنسب فيه تحميل النسب على غيره ، فإنه إذا لم يكن له وارث ممن ذكرنا ، وكان هنـــاك شخص قـــد أقر بأخوته مثلا ، ولا دليـــل عليها ، فإنه يأخـــذ المـــال ، على أن الميت أراد فى حياته أن يأخـــذه ، لا على اعتبار أنه وارث ، إذ أساس الميراث فى القرابة هـــو النسب ، ولا يثبت نسب من يكون الإقرار بنسبه فيه تحميل على الغير بمجرد الإقرار ، ولذلك اشترط أن يموت المقر مصرا على إقراره ، لأنه إن رجع فيه ، فقد تغيرت الإرادة ، فلا يأخـــذ شيئا ، وقـــد بينا ذلك فى موضعه فى أول الكلام فى المستحقين للتركة •

فإن لم يكن هناك مقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره ، وكان هناك موصى له بأكثر من الثلث ، فإنه يأخـــذ الجزء الزائد ، أى يأخـــذ كل ما أوصى به لأن منع الوصية بأكثر من الثلث إنما هـــو لحـــق الوارث ، فإن لم يكن الوارث ، نفـــذت إرادة المتوفى فى ماله ، إذ لا حق تعلق بماله يمنعه من أن يتصرف فيه بعـــد وفاته لمـــن يشـــاء ، وقـــد بينـــا ذلك عند ترتيب درجات الاستحقاق ، وبيان المستحقين •

وإن لم يكن موصى له بكل المـــال ، بل فضل شىء من بعـــد تنفيذ الوصايا أو لم تكن وصايا ، فإن التركة تكون لبيت المـــال وتذهب إلى بيت مال الضوائع وهو الذى يكون فيه كل مال لا يعرف له مالك ، وقـــد قررنا أن جمهور الفقهاء يقررون أن بيت المـــال لا يستحق باعتباره وارثا ، بل يلقى فيه المـــال باعتباره لا مالك له ، ولو ظهر للميت ورثة أعطوا التركة ، وقـــد قال بعض الفقهاء أنه يذهب إلى بيت المـــال باعتباره وارث من لا وارث له ، ولقـــد اختار القانون أن بيت المـــال لا يستحق باعتباره وارثا ، بل يأخـــذ المـــال على أنه لا مالك له ، وقـــد بينا ذلك فى أول الكلام فى المستحقين للتركة •

أحكام لبعض الوارثين

١٩٠ – بينا فيما مضى أنه لابد من وجود الوارث بعد وفاة المورث • وذكرنا أنه يتغير مقدار الإرث فى كثير من الأحوال بالاختلاف بين الذكورة والأنوثة وبينا أنه لابد من ثبوت النسب الذى هو سبب قيام الوراثة بالنسبة للأقرباء •

ولبعض المستحقين للتركة أحوال تتردد بين الوجود والعدم ، وتردد بين الذكورة والأنوثة ، ويتردد النسب بين الثبوت والنفى •

فالذين تتردد حالهم بين الوجود والعدم الحمل ، والمفقود ، ومن يتردد حاله بين الذكورة والأنوثة الحمل ، وهو حمل ، والخنثى ، ومن يتردد نسبه بين النفى والثبوت هو ولد اللعان . ويقاربه ولد الزنى ، وإن هذا الباب من بحثنا شامل لكل هؤلاء ، ولنتكلم فى ميراثهم واحدا واحدا •

١ – الحمل

١٩١ – إن الحمل ، وهو فى بطن أمه يتردد بين الوجود ، والعدم . لأنه إن ولد حيا استندت حياته إلى وقت وفاة المورث ، وإن ولد ميتا اعتبر معدوما وقت الوفاة ، وذلك لأن الحمل له اعتباران وقت استقراره فى بطن أمه ، (أحدهما) أن يكون جزءا منها ، وبذلك لا يستحق ميراثا ، لأنه ليس حيا مستقلا ، (والثانى) أنه حى له وجود قائم ، وإن كان تابعا فى الحس لغيره ، فإن ولد حيا رجح الاعتبار الثانى ، وإن ولد ميتا رجح الاعتبار الأول ، فإذا ولد حيا كان ذلك حكما له بالحياة المستقلة المنفردة من وقت وفاة المورث •

وكما يتردد الحمل بين الحياة وغيرها فى الاعتبار ، كذلك يتردد بين الذكورة والأنوثة ، وفى أكثر الأحيان يختلف النصيب باختلاف الذكورة والأنوثة وقد يكون فرضه ذكرا أحظ له ، وقد يكون فرضه أنثى أوفر له •

ولأجل هذا التردد بين الحياة وعدمها ، وبين الذكورة والأنوثة لا يمكن توزيع التركة توزيعا نهائيا ، قبل الولادة ، بل لا يمكن بحال من الأحوال قسمتها نهائيا ولو بالسهام قبلها ، ولو انتظر الأمر بالنسبة للتركة كلها إلى ما بعد الولادة لكان أتم ، لينجلى الأمر ، وتكون القسمة على بينة ، فيأخذ

كل ذى حق حقه أخذا نهائيا ، لا ينقص من بعد ، لتغير الفرائض ، إذ أنها تصير غير قابلة للتغير .

ولكن قد يوجد ما يوجب أن تقسم التركة ولو تقسيما ابتدائيا غير نهائى قبل الولادة ، ولذلك وضعوا أحكاما لحال التقسيم والاحتياط لمصلحة الحمل ما أمكن الاحتياط ، وكان ذلك الاحتياط بأن يعطى الورثة الموجودون أقل ما يستحقه كل واحد على فرض الذكورة والأنوثة ، ويفرض الحمل واحدا ، ولكن لاحتمال أن يكون أكثر من واحد يؤخذ كفيل من الورثة الذين يتأثر نصيبهم بالتعدد، بأن يعطى عند الولادة ما ينقصه التعدد فى نصيبه ، إن تبين أن الحمل أكثر من واحد .

١٩٢ — ولبيان هذا الإجمال نقول أن الحمل فى وراثته له أربع أحوال :

الحال الأولى — ألا يرث مطلقا ، لا على فرض الذكورة ولا على فرض الأنوثة كالمسألة الآتية :

توفى رجل عن زوجة وأختين شقيقتين وأم ، وزوجة أب حامل فإنه فى هذه الحال لا يرث على فرض الذكورة ، ولا على فرض الأنوثة ، لأنه إن كان ذكرا ، فسيكون أخا لأب يأخذ الباقى ، وليس فى المسألة باق بعد أصحاب الفروض ، إذ الزوجة ستأخذ الربع ، والأختان ستأخذان الثلثين ، والأم تستحق السدس . فيكون أصل المسألة — ١٢ — وتعول إلى — ١٣ — فلا باقى فيها ، وإن فرض أن الحمل أنثى فسيكون أختا لأب محجوبة ، لاستحقاق الشقيقتين الثلثين مع عدم وجود من يعصبهما ، وهذه الصورة فى الحقيقة خارجة عن كلامنا ، ولكن ذكرناها لتتم الفروض العقلية .

الحال الثانية — أن يرث قدرا وحدا على فرض الذكورة والأنوثة ، وذلك يكون إذا كان الحمل من أولاد الأم ، ومثال ذلك أن يكون الورثة أما حاملا من غير أبى المتوفى وأختا شقيقة ، وأختا لأب ، ففى هذه الحال يكون الحمل ولد أم يستحق السدس لا فرق بين أن يكون ذكرا ، فيكون أخا لأم ، وبين أن يكون أنثى فيكون أختا لأم . وفى هذه الحال يحفظ له السدس ، ويعطى الورثة أنصبتهم .

الحال الثالثة — أن يرث على أحد الفرضين ، ولا يرث على الفرض الآخر ومثال ذلك أن يكون الورثة زوجا ، وأختا شقيقة ، وأخوين لأم ، وزوجة

أب حاملا ، ففى هـذه الحال ، لو فرض الحمل ذكرا لا يستحق شيئا ، لأنه سيأخـذ الباقى ، ولا باقى فى هـذه المسألة ، إذ الزوج أخـذ النصف والأخت الشقيقة أخـذت النصف والأخوان لأم استحقا الثلث ، فيكون أصل المسألة — ٦ — وعالت إلى — ٨ — فلا باقى ٠ وإن فرض الحمل أنثى كان أختا لأب ، فتستحق السدس تكملة للثلثين ٠ إذ كانت أخت شقيقة أستحقت النصف ، وعلى ذلك تعـول المسألة إلى — ٩ — ٠

وفى هـذه الحال يحفظ للحمل نصيبه على أنه أنثى ، ويعطى أصـحاب الفروض فروضهم على ذلك الأساس ، فإن ولد الحمل ، وظهر أنه أنثى أعطى ما حفظ له ، وإن ظهر أنه ذكر رد ما حفظ إلى الورثة ، وكملت لهم أنصبتهم على فرض الذكورة ٠

واستخراج هـذه الحال يقضى أن تحل المسألة حلين : (أحـدهما) على فرض الذكورة ٠ (والآخر) على فرض الأنوثة ، وما يثبت أن يرث فيـه يحفظ له نصيب على أساسه ٠ ويعطى الورثة أنصبتهم على هـذا الأساس ٠

الحال الرابعة — أن يرث بكلا الفرضين ، الذكورة والأنوثة ، ويختلف نصيبه فى أحـدهما عن الآخر ، وفى هـذه الحال تحل المسألة حلين : حل على فرض الذكورة وآخر على فرض الأنوثة ، ويعطى الورثة الموجودون أبخس الأنصبة فى الحالين ، ويحفظ للحمل أوفر النصيبين مضافا إليه فروق الأنصبة ، ومن يتأثر نصيبه بالتعدد يؤخذ منه كفيل ، ولنضرب لذلك مثالا موضحا هو :

زوجـة حامل		بنت		أب ، أم وتركة ١٢٦ ف	
على فرض الذكورة — زوجة	حمل (ابن)		بنت	أب	آم
١/٨	الباقى للذكر مثل حظ الأنثيين			١/٦	١/٦
أصـل المسألة					
فيستحق كل	٢٤ — ٣	١٣		٤	٤
منهم من التركة	٢٧	٧٨	٢٩	٣٦	٣٦

وعلى فرض الأنوثة زوجة	بنت	بنت	أم	أب
٥ / ٨		٢ / ٣	١ / ٦	١ / ٦ + الباقى
فيستحق ٣	١٦	٤	٤ وتعول إلى ٢٧	
٢٤	١٢٨	٣٢	٣٢	
	٦٤	٦٤		

وبالموازنة بين النصيبين لكل وارث نجـد الأخس :

للزوجه	٢٤	تعطـاه
للبنت	٢٩	تعطـاه
وللأب	٣٢	يأخـذه
وللأم	٣٢	يأخـذه

ويحفظ تحت يد آمين أوفر النصيبين للحمل وهو ٧٨ ، ويحفظ تحت يد الأمين أيضا فرق الأنصبة ، وهو (١١ ف) ويؤخـذ كفيل ممن يتأثر نصيبه بالتعـدد ، وهـو البنت ، لأنه إن تعـدد الحمل قـل نصيبها بمقدار عدده ، وإن ظهر بعـد الولادة إن الحمل ذكر وهـو الابن أعطى ما حفظ له ، وكمل نصيب الزوجة إلى ٢٧ ، والأم إلى ٢٦ ، والأب ٣٦ •

وإن ظهر أنثى ، كمل نصيب البنت إلى ٦٤ ، وأعطى الحمل ٦٤ ، وبقيت أنصبة الباقين كما هى •

وإذا ولد الحمل أكثر من واحـد ، فإنه يكمل المحفوظ لـه من نصيب البنت ، وينفذ عقد الكفالة إن امتنعت عن إعادة الحق إلى صاحبه •

ولقـد اكتفى فى هـذه الحال بالكفالة لندرتها ، إذ الغالب الشائع الكثير أن تلد الحامل ولدا واحـدا •

١٩٣ ــ ويشترط لميراث الحمل شرطان : (أحـدهما) ما نوهنا عنـه آنفـا ، وهو ولادته كله حيا ، بأن تستمر له الحياة حتى تتم الولادة ، فإن مات قبل تمامها لا يرث ، كما هـو المعمول به ، وإن ذلك شرط عام فى كل ولادة ، سواء أكانت بجناية أم غير جناية ، وهـذا على حسب المعمول به ، كما بينا فى موضعه من شروط الوراثة عامة •

(ثانيهما) أن يثبت أنه كان فى بطن أمه وقت وفاة المورث ، وذلك لأن وجود الوارث عند وفاة المورث شرط لثبوت الإرث ، وقد قلنا إن ولادته حيا تجعل حكم الحياة يثبت من وقت الوفاة ، فلابد أن يكون الحمل ثابتا وقت الوفاة •

وتأكد وجوده فى بطن أمه وقت الوفاة يكون بطريقتين ، إحداهما التأكد الحقيقى ، والثانية التأكد الحكمى ، ولكل واحد من الطريقين حال لا يثبت فى غيرها •

فالتأكد الحقيقى يكون بولادته لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوفاة ، وذلك يكون إذا كانت الزوجية قائمة بين الحامل وصاحب الحمل وقت وفاة المورث ، ولا تتصور هذه الحال إلا إذا كان الحمل ليس ولدا صلبا للمتوفى فإن ولدته لأكثر من سبعين ومائتى يوم ، فإن الميراث لا يثبت له ، لأنها غالبا تكون قد حملت به بعد الوفاة ، فلم يكن موجودا وقتها ، فلا يرث شيئا ، لعدم توافر شرط الميراث الأساسى •

ولنضرب لذلك مثلا ، إذا توفى شخص عن زوجته ، وأخت شقيقة ، وأم حامل من غير أبى المتوفى ، والزوجية قائمة بينها وبين زوجها ، فإنه لكى يرث حملها باعتباره من أولاد الأم لابد أن تلد لسبعين ومائتى يوم من وقت الوفاة على الأكثر ، وإلا لا يستحق شيئا •

والتأكد الحكمى أن يثبت نسبه ، وذلك يكون بولادته حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر ، ويكون هذا التقدير بالنسبة للمعتدات اللائى كانت الوفاة وهن معتدات ، سواء أكانت العدة من فرقة بطلاق بائن أو رجعى ، أم كانت من موت ، وتبتدىء المدة المعلومة من وقت ابتداء العدة ، لا من وقت وفاة المورث ، وهذا بلا شك إذا كانت المعتدة ليست زوجته ، وقد تكون معتدته بأن كانت زوجته عند الحمل فيكون ولده الصبى إن ثبت نسبه فإن المدة فى هذه الحال تبتدىء من وقت وفاته هو ، لأن وقت ابتداء العدة ، هو وقت وفاته هو ، إذ أن وفاته هو جعلتها معتدة عدة وفاة ، فيكون لها حكم سائر المعتدات ، وعلى ذلك إذا مات الشخص عن زوجته وهى حامل فإن حملها يرث إن أتت به لخمسة وستين وثلثمائة يوم من وقت وفاته ، وإن مات عن زوجة ابنه الحامل الذى توفى قبله ، فإن الحمل لا يرث إلا إذا أتت به لخمسة وستين وثلاثمائة يوم من وقت وفاة ابنه •

وإنما اعتبر التأكد الحكمى فى هـذه الأحوال ، لأن الشارع حكم بثبوت النسب فى هـذه الأحوال ، ولهـذه المدة ، وحكمه بثبوت النسب يقتضى أن يكون فى بطن أمه وقت الفرقة أو الموت ، فلو كان لا يحكم بذلك بالنسبة للميراث لأدى ذلك إلى أن يحكم الشارع بوجوده فى بطن أمه ، وبعـدم وجوده فى وقت واحد ، وحال واحدة ، فكى تكون الأحكام متناسقة ، اعتبرت تلك المدة المقررة لثبوت النسب هى المقررة لثبوت الميراث ؛ ولأن الميراث فرع ثبوت النسب فحيث ثبت النسب يكون الميراث لا محالة(٩٦) .

١٩٤ ـ هـذا ما اشتمل عليه القانون بالنسبة لميراث الحمل ، وهـو يخالف فى شروطه المذهب الحنفى الذى كان معمولا به من وجـوه اقتضت المصلحة فى نظر واضعى القانون تلك المخالفة ، وقـد اعتمدوا فيها على ما جاء فى بعض المذاهب ، وعلى ما لولى الأمر من سلطان فى تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة ، وهـذه الوجوه هى :

(أ) أن القانون اعتبر الشرط لميراثه ولادته كله حيا ، والمذهب الحنفى كان يكتفى بأن ينزل أكثره من بطن أمه وهـو حى ، فلو مات بعـد ذلك استحق

---

(٩٦) اشتملت على أحكام الحمل فى القانون المواد ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤ وهذا نصها :

مادة ٤٢ ـ يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقـدير أنه ذكر أو أنثى .

مادة ٤٣ ـ إذا توفى الرجل عن زوجته أو عن معتدته ، فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة ، ولا يرث الحمل غير أبيه إلا فى الحالتين الآتيتين :

الأولى ـ أن يولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت والفرقة إن كانت أمه معتدة من موت أو فرقة ، ومات المورث أثناء العـدة .

الثانية ـ أن يولد حيـا لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة .

مادة ٤٤ ـ إذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه يرجع بالباقى على من دخلت الزيادة فى نصيبه من الورثة ، وإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه ، رد الزائد على من يستحقه من الورثة » .

ويرى أنه فى هـذه المـادة ينص على من يرجع إذا نقص النصيب ، أيرجع على الكفيل أم الأصيل ؟ وفى الحقيقة أنه لم يأت ذكر للكفالة لمن يتأثر نصيبه بالتعـدد ، وهى الحالة التى يتصور فيها النقص ، وما دام لم ينص على الكفالة يعتبر المعمول به مذهب الحنفية الذى ذكرناه .

الميراث عند الحنفية ، والتقييد بولادته كله حيا مأخـوذ من مذاهب الأئمـة الثلاثة مالك وأحمد والشافعى ؛ ووجـه ترجيح هـذا الرأى على المذهب الحنفى أن ولادته حيا مستقرة ثابتة لا تكون إلا إذا نزل كله حيا •

وتعرف حياته بحركة أو صوت أو عطاس - أو بكاء أو نحو ذلك ، فإن لم يظهر شىء من ذلك كان للقاضى أن يسأل الذين عاينوا من أهـل الخبرة من الاطباء لمعرفة حياته بعـد ولادته •

(ب) أن الحـد الفقهى للتأكد الطبيعى من وجود الولد فى بطن أمه هـو ستة أشهر فى المذهب الحنفى ، ولكن القانون اختار للتأكد الطبيعى ولادته لسبعين ومائتى يوم ، وقـد اقتبس هـذا من رأى فى مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه ، ووجه اختيار ذلك الرأى أنه يتفق مع الأغلب الشائع ؛ فينـدر الذين يولدون ويعيشون فى مدة دون هـذه المدة - والنادر لا تبنى عليه أحكام المنع والعطاء ، كما هـو مقرر وثابت فى أكثر الأحكام ، ولكن يلاحظ أنه سار على اعتبار تسعة الأشهر بالأيام ، لكل شهر ثلاثون يوما • والمذهب الحنبلى اعتبرها تسعة أشهر هلالية ؛ ولكن يخفف من تلك المخالفة أن الولادة إن كانت فى وسط الشهر تعتبر بالأيام فى بعض الأقوال ، أى يحتسب لكل شهر ثلاثون يوما ، كما هو القانون •

(جـ) أن المدة بالنسبة للتأكد الحكمى فى المعتدات اعتبرها سنة شمسية والمذهب كان يحتسبها بسنتين قمريتين ، والقانون يتفق فى الجملة مـع رأى محمد بن عبد الحكم من فقهاء المـالكية ، فهو قـد اعتبر أقصى مدة للحمـل سنة ولكنه اعتبرها سنة قمرية ؛ والقانون اعتبرها سنة شمسية ، وفوق ذلك أن القانون ألحق المعتدات من طلاق رجعى بالمعتدات من موت أو طلاق بائن ، وجمعها فى حكم واحـد ، بينما المذهب الحنفى يشترط بالنسبة للمعتدات من طلاق رجعى التأكد الطبعى ؛ ولا يكتفى بالتأكد الحكمى إلا فى المعتدات من وفاة أو طلاق بائن أو ما فى حكمه •

وإن ذلك يتجه فيـه القانون الى المنطق الذى سارت عليه المحاكم الشرعية منذ سنة ١٩٢٩ بالقانون رقم ٢٥ لهـذه السنة ، لأنه اعتبر سماع الدعـوى لثبوت النسب للمعتدات من طلاق رجعى كسماع الدعوى لثبوت النسب بالنسبة للمعتدات من طلاق بائن ، فكان من الاتساق القانونى أن يسير قانون الميراث على ذلك المنهاج •

١٩٥ — يجب أن نلاحظ هنا أنه بمقدار تلاقى قانون الميراث مع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ نجد المفارقة بين هذين القانونين ، وقانون الوصية بالنسبة للمعتدة من طلاق رجعى ، إذ أن قانون الوصية خالفها فى مدة حمل المعتدة من طلاق رجعى ، فجعل طريق التأكد بالنسبة لهما هو طريق التأكد الطبعى ، وهو تسعة أشهر ، كما يستفاد من المادتين ٣٥ ، و ٣٦ — فقد قيد التأكد الحكمى بحال كون الفرقة بطلاق بائن أو بوفاة أو بحال الإقرار بالحمل .

ومن هذا نرى التخالف واضحا بين قانون الوصية ، وقانون النسب ، وقانون الميراث : فقانون الوصية يخالف القانونين الأخيرين ، وذلك تفارق لا يسوغ فى قوانين الدولة الواحدة فى موضوع واحد ، فحكم بوجوده إن ولد لمدة سنة فى قانونين ، ولم يحكم بذلك فى قانون ثالث .

ولذلك يجب أن يوحد الأمر فى هذه القوانين الثلاثة : إما بجعل المدة تسعة أشهر بالنسبة للطلاق الرجعى فى القوانين الثلاثة أو ٣٦٥ يوما فى هذه القوانين ليكون المنطق واحدا ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

٢ — المفقود

١٩٦ — المفقود كما بيناه فى صدر كلامنا فى الميراث عندما بينا شرح الميراث — هو الغائب الذى لا تعلم حاله ، أهو حى أم ميت ، وقد قررنا أنه يستمر على حكم الحياة بالنسبة لأمواله الثابتة له ، فلا تنتقل إلى ورثته إلا بعد أن يحكم القاضى بموته ، وأنه بالنسبة للأموال التى تئول إليه بالميراث أو الوصية لا يستحق شيئا منها إلا إذا ثبت وجوده على وجه اليقين ، فإن حكم بموته استند الحكم بالنسبة للمواريث التى كانت تئول إليه إلى وقت غيبته ، ويعتبر ميتا من وقت الغيبة إلى وقت الحكم بالنسبة للمواريث والوصايا ، وكل ما يدخل فى ملكه من مال جديد ، ولذلك وضعه فى بيان أحكام المفقود فى غير هذا الكتاب .

وعلى هذا نقول أنه إذا مات من يرثه المفقود ، فإنه يوقف نصيب المفقود إلى أن يحكم القاضى بموته ، فإن ظهر حيا استحق ما وقف له ، وإن حكم القاضى بموته رد ما وقف له إلى الورثة الذين يرثون الميت ، لو كان المفقود ميتا قطعا فى ذلك الوقت .

وأنه لأجل هـــذا يجب أن تحل مسألة الوراثة التى يكون فيها مفقود حلين : أحـــدهما على فرض حياته ، وثانيهما على فرض موته ، ويعطى الورثة أبخس النصيبين ويحفظ له نصيبه على فرض الحياة ، ولنضرب لذلك بعض الأمثـــال :

(أ) إذا توفى شخص عن ابن مفقود ، وأب ، وأم ، وزوجة ، فإنه بفرض حياته يستحق الأب السدس ، والأم السدس ، والزوجة الثمن والباقى لـــه • وتكون المسألة من ٢٤ للزوجة ثلاثة • وللأم أربعة وللأب مثلها ، والباقى وقدره — ١٣ — يحفظ مقـــدار ما يقابله للابن المفقود تحت يد أمين • فإن كانت التركة ٢٤٠ ف يحفظ ١٣٠ ف ، ثم يفرض أنه ميت فتستحق الزوجة الربع ، والأم ثلث الباقى ، والأب الباقى فيكون أصل المسألة — ١٢ — يكون للزوجة ٣ ، وللأم ٣ وللأب ٦ ، ويكون مقـــدار ما تستحقه الزوجة على هـــذا الفرض ٦٠ ف وما تستحقه الأم ٦٠ ف وما يستحقه الأب ١٢٠ ف •

وبمقابلة الأنصبة يعطى الموجودون أبخس النصيبين فى الفرضين فتأخـــذ الزوجة على فرض الحياة ، وهـــو ثلاثون فـــدانا ، والأم كذلك ، وهـــو ٤٠ ف والأب مثلها ٤٠ ف والباقى وقـــدره ١٣٠ ف يحفظ تحت يد أمين •

(ب) وإذا كان المتوفى قـــد ترك زوجـــة ، وبنتا ، وابنا مفقودا . وأما وأبا والتركة ١٤٤ ف ، فإن المسألة أيضا تحل على فرض حياة المفقود فيكون التوزيع هكذا :

زوجـــة	بنت وابن	أم	أب
$\frac{١}{٨}$	الباقى	$\frac{١}{٦}$	$\frac{١}{٦}$

وأصـــل المسألة ٣٢٤ س = ١٨ ف ١٣ = ٤٧٨ = ٢٤ ف ٣ س = ٢٤ ف ويستحق الابن على هـــذا ٥٢ ف • وهى ثلثا ٧٨ ف وتستحق البنت ٣٦ ف ، وهو الثلث وعلى فرض وفاة المفقود يكون التوزيع هكذا :

	زوجة	بنت	أم	أب
يستحق كل واحـــد	$\frac{١}{٨}$	$\frac{١}{٢}$	$\frac{١}{٦}$	$\frac{١}{٦}$ + الباقى

وأصـل المسألة ٣٢٤ = ١٨ فـ ١٢ = ٧٢ فـ ٤ = ٢٤ — ٤ + ١ = (٣٠ ف) .

وعلى هـذا تأخـذ الزوجة ١٨ فـ والأم ٢٤ ف ، ولا يتغير نصيبهما ، والأب يأخـذ أبخس النصيبين ، وهـو ٢٤ فـ ، والبنت كذلك تأخـذ أبخس النصيبين ، وهـو ٣٦ ف ، ويحفظ للمفقود نصيبه على فرض حياته ، وهـو ٥٢ ف فإن ظهر حيا أخـذه ، وإن حكم بموته كمل نصيب كل وارث من السابقين ، لكى يأخـذ نصيبه على فرض الوفاة(٩٧) .

١٩٧ — واعتبار المفقود غير وارث إن حكم بمـوته ، وانسحاب الحكم على المـاضى بالنسبة للميراث وغيره ، هـو رأى أبى حنيفة ومالك رضى الله عنهما ، وقال الشافعى وأحمد رضى الله عنهما إنه لا يعتبر ميتا إلا بعـد وقت الحكم بموته ، لأنه قبل ذلك حى ، له كل أحكام الأحياء ، لأنه فارق أهله حيا ، وما دمنا قـد اعتبرناه ميتا من وقت حكم القاضى فقط بالنسبة لأمواله الثابتة له التى تورث عنه ، فلا يعتبر وارثا إلا من يكون وارثا وقت حكم القاضى ، فكذلك لا يعتبر ميتا إلا من ذلك الوقت بالنسبة للأموال التى يكتسبها من غيره وقت الفقـد بالميراث والوصية والهبة ، ولا يصح أن يفرض شخص واحـد حيا وميتا فى وقت واحـد ، فيكون حيا بالنسبة لمـاله الثابت ، ويكون ميتا بالنسبة للمـال الذى يكتسبه من غيره .

وحجة المـالكية والحنفية أن فرض حياته وقت الفقـد هو بقاء الأصل الثابت وذلك يصلح حجة لبقاء الحقوق الثابتة ، ولا يصلح حجة لإدخـال ملكية جـديدة لم تكن ثابتة ، ونحن ما اعتبرناه ميتا بيقـين ، حتى يقـال أننا فرضنا للمفقود وضعين متناقضين فى وقت واحـد ، بل اعتبرنا حياة المفقود حيـاة احتمالية قبل الحكم بموته ، وهـذه الحيـاة لا تكفى لإثبات ميراثه من غيره ، ولا لميراث غيره منه ، إذ أن شروط ميراثه من غيره تأكد حياته عند موت المورث ، وحياته غير مؤكدة ، وشرط ميراث غيره منه تأكد وفاته ووفاته غير مؤكدة ، فلا يرث منه غيره فى ذلك الوقت ، فلما جاء حكم القاضى بالوفاة أكـد

---

(٩٧) بينت حكم ميراث المفقود المـادة ٤٥ من قانون الميراث ، وهـذا نصها :
« يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حيا اخـذه ، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه ، فإن ظهر حيا بعـد الحكم بموته اخـذ ما بقى من نصيبه بأيدى الورثة .

احتمال الوفاة من وقت الحكم ،وليس ذلك بمقتضى تأكد الحياة قبل ذلك ، فإذا كان قد استوفى شرط توريثه لغيره من وقت الحكم ، فشرط وراثته من غيره ثابت قبله(٩٨) .

١٩٨ — ويلاحظ أن هذا كله إذا لم يعلم تاريخ وفاته بدليل شرعى من بينة ، أو ورقة رسمية تثبت وفاته وتاريخها ، ولو بعد الحكم بالموت فإنه فى هذه الحال يكون ذلك الدليل هو المرجع الذى يرجع إليه ، فإن أثبت أن الوفاة كانت قبل وفاة المورث الذى وقف ميراثه فيه ، حتى يقضى القاضى تقررت الأمور على ذلك ، وإن كانت وفاته بعد وفاة ذلك المورث استحق ميراثه لأنه ثبتت حياته بيقين بعد وفاة المورث ، وبذلك يتحقق شرط الميراث بإجماع الفقهاء ، وهذا كله إن لم يكن قد صدر حكم .

فإن كان قد صدر حكم بالوفاة ثم ظهر هذا الدليل الدال على وفاته فى ميقات معلوم ثابت ، فإنه يتضمن الدليل على حياته قبل ذلك التاريخ ، وبذلك يسير الأمر على مقتضاه ، فيرث إن كان يثبت وقت وفاة مورثه ، ولا يستحق من ورثته إلا من يكونون موجودين عند وفاته الثابتة بدليل لاشبهة فيه ، لأنه بهذا الدليل خرج عن أن يكون مفقوداً ، إذا علمت حياته ووفاته بيقين وصار غير مجهول الحياة والوفاة .

---

(٩٨) قد بينا شرط ميراث المفقود من غيره فى شروط الميراث إجمالا ، والأصل الذى بنى عليه الخلاف بين الفقهاء ، فارجع إليه .

والقولان المذكوران هنا وهناك هما المشهوران ، وهناك رأيان آخران فى طريقة توريث المفقود جاءا فى شرح الشنشورى للرحبية :

(أحدهما) أن يفرض المفقود ميتا ، ويعطى الورثة الأحياء قطعا الأنصبة على فرض وفاته فإن تبين أنه حى ، أعيدت القسمة من جديد على أساس حياته فى المال الموجود بأيديهم لأن استحقاق الحاضرين ثابت بيقين ، واستحقاق المفقود احتمال ، ولا يمنع الحق الثابت لأمر محتمل .

(وثانيهما) أنه يقسم الميراث على أساس حياته فقط من غير تقدير وفاته ، فإن ظهر خلافه بأن حكم بموته وزعنا على أساس أنه كان ميتا وقت وفاة المورث .

والحق أن الرأى الثانى قريب مما عليه الجمهور ، لأن الجمهور يحلون على أنه حى ثم على أنه ميت ، ويحفظون نصيبه على فرض الحياة وغيره بأخذ أبخس الفرضين ، والغالب الكثير أن أبخس الفرضين يكون على فرض الحياة إلا إذا كان المفقود يعصب غيره .

وإن كان الدليل يثبت وفاته بعد الحكم بوفاته ، أى أن التاريخ الثابت للوفاة الذى قام عليه الدليل يدل على أنه كان حيا وقت الحكم بوفاته ، وأن وفاته جاءت لاحقة للحكم يكون الأمر فيه كما لو ظهر حيا بعد الحكم بوفاته ، وعلى ذلك يأخذ ورثته وقت وفاته ما يكون قائما من ماله ، لأنهم قائمون مقامه فى ماله الذى كان ثابتا له قبل الغياب ، أو اكتسبه بعد الغياب بقيام الدليل على الحياة .

١٩٩ — وأنه من المقرر أنه إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بوفاته ، فما يكون له من مال ، سواء أكان ثابتا له قبل الغياب ، أم كان يمكن أن يكتسبه بعد الغياب ، أو بعبارة أدق اكتسبه بحكم الشرع فإنه يأخذه ، إن كان قائما فى ملك الورثة لأن الملكية فيه ثابتة ، وقد ظهر أن زوالها لم يكن مبنيا على أساس صحيح ، إذ بنى على أساس الوفاة ، وقد ظهر نقيضها ، أما إذا كان قد استهلك فإنه لا يطالب بقيمته لأن المطالبة بالقيمة أساسها ضمانهم لهذه الأعيان ، والضمان يكون بأحد أمرين إما بالعقد كضمان المرتهن للعين المرهونة ، وإما بالتعدى ، ولا عقد أوجب الضمان ، ولا تعدى — إذ أن أيديهم كانت يدا شرعية استولت بحكم شرعى محترم ، وإذ لم يوجد سبب للضمان ، فإنه لا يسوغ له أن يضمنهم القيمة ، وكذلك الحكم إذا كان المال قد خرج من ملكهم بسبب مشروع ، لأنه لا سبيل إلى تضمين المشترى ، ولا الأخذ جبرا عنه لأنه ملك بسبب شرعى ، ومن يد عادلة متصرفة ، تسوغ منها كل التصرفات الشرعية ، كما أنه لا سبيل إلى تضمين الورثة ، للسبب الذى ذكرناه آنفا ، هذا ويستوى فى ذلك الحكم الورثة الذين ورثوا مال مورثه الذى كان يرثه ، إذا ثبتت حياته وقت موته ، والورثة الذين يرثونه على أساس وفاته ، وتبين أنه حى يرزق ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

٢٠٠ — وأنه عند الكلام فى المفقود يتكلمون فى الأسير ، والأسير له حالان (إحداهما) أن يكون مجهول الحياة فلا يدرى أهو حى أم ميت ، ولم يعلم مقامه ، وهذا يكون مفقودا ، له كل أحكام المفقود فيورث عند الحكم بموته ولا يرث غيره إن مات حال فقده .

(الثانية) أن يكون معلوم الحياة ، فإن كان لم يسترق ، فإنه يرث إجماعا ، لأنه صالح للامتلاك ، وإن استرق ورث عند جمهور الفقهاء ، وحفظ له ماله حتى يعود إلى دار الإسلام ، أو يموت ، فيكون لورثته ، وذلك لأنه فى حكم الإسلام حر ، فلا نعترف بالرق الذى وضعه أهل دار الحرب عليه ، والله ولى المؤمنين .

٣ ـ الخنثى

٢٠١ ـ الخنثى آدمى تظهر فيه علامات تدل على الأنوثة ، وعلامات أخرى تدل على الذكورة ، ومن كان كذلك يكون له فى الغالب فرج وذكر إذ هو الذى يعلن الذكورة ، أو يعلن الأنوثة ، فإن وجدا فقد تعارضت الأمارتان .

وإذا ولد إنسان على ذلك النحو تحرى أهل الخبرة حاله ، فإن تبين أن إحدى العلامتين أغلب وأبين وأقوى تأثيرا حكم بمقتضاها ، فيكون ذكرا إن غلبت عليه علامة الذكورة ، ويكون أنثى إن غلبت عليه علامات الأنوثة ، وإن استعين فى ذلك بجراحة يقوم بها الخبير لتتبين حاله كان ذلك سائغا ، فإن حكمة الله سبحانه وتعالى تقضى ألا يكون فى إنسان وصفان متناقضان ، فمن قام بجراحة لتبين الحال فليكشف عن خلق الله(٩٩) .

وربما لا تستبين الحال وهو غلام فينتظر إلى الكبر ، حيث تظهر الأنوثة الكاملة أو الذكورة الكاملة ، فيتعرف أى العلامات أغلب ، فيحكم بمقتضاها ، فإن لم يعلم بعد البلوغ ، وعجز الطب عن أن يكشف عن الصفات الكامنة فى ذلك المخلوق ، فإن حاله تكون مشكلة ، ويسمى خنثى مشكلا ، ونستبعد كل الاستبعاد أن يعجز الطبيب الصحيح العارف عن معرفة حاله معرفة مقربة ، وإن لم تكن معينة .

ويظهر من كلام الفقهاء أن الحكم بأن الخنثى مشكل لا يستقيم إلا بعد بلوغه ، لأن التباس الحال قبل البلوغ ، وحاله المرتقبة بعد البلوغ أكثر

---

(٩٩) اخترنا ذلك المسلك وهو استشارة اهل الخبرة ، لأن الفقهاء اختلفوا فى ذلك اختلافا كبيرا ، فأبو حنيفة قرر أنه تعرف إحدى الصفتين بسبق البول ، فإن سبق بوله من الذكر بوله من الفرج ، فهو ذكر ، وإن كان العكس ، فهو أنثى ، وقال الصاحبان ينظر إلى الأكثر بولا ، وقد رد قولهما أبو حنيفة قائلا : « هل رأيت قاضيا يزن البول بالأواقى » وأن هذا الخلاف ليس مبنيا على نص صريح إنما هو تجربة واختبار ، ولذا وجد من فقهاء الحنفية من قرر أن العبرة بقوة الأمارة ، ونحن قد اخترنا هذا ، لأنه الأسلم والأهدى سبيلا ، وخصوصا بعد تقدم الجراحة ، وليس المقصود إلا الكشف عن اى الأمرين اقوى فى حياته ، ليعلم الوصف الذى خلقه الله عليه ، فالإنسان اما ان يكون ذكرا وإما ان يكون أنثى ، قال تعالى : « يهب لمن يشاء إناثا ، ويهب لمن يشاء الذكور . أو يزوجهم ذكرانا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما » ولم يذكر تعالت حكمته انه يجعل من يشاء خنثى .

بيانا وكشفا ، فالحكم بالإشكال قبله مسارعة إلى الإشكال قبل أوانه ، ولذا إذا لم تتبين حاله قبل البلوغ لا يعطى ميراث الخنثى المشكل ، بل يتوقف حتى يبلغ فيزول الإشكال ، فيأخذ نصيب ذكر أو نصيب أنثى ، أو يقرر الإشكال فيرث ميراث المشكل .

وإذا مات قبل البلوغ ، فإنه يكون مشكلا ، إذ تقرر الإشكال بالموت .

٢٠٢ — وإن ميراث الخنثى هو عكس ما يحفظ للحمل ، وهو ما زال مستكنا فى بطن أمه ، فإننا قد قررنا أن الحمل يفرض ذكرا ويفرض أنثى ، ويحفظ له أحظ النصيبين ، أما الخنثى ، فإنه تحل المسألة فيه على حلين : أحدهما على فرض الذكورة ، والآخر على فرض الأنوثة ، ويأخذ أخس النصيبين ، فإن كان الأخس هو فرض الذكورة استحقه ، وإن كان الأخس هو الآخر استحقه ، وذلك لأن الوصف الذى يستحق بمقتضاه يجب أن يعلم بيقين ، لأن الأخذ به سيؤثر فى نصيب غيره الثابتة حاله قطعا من غير شك ، ولا ينقص شىء من حق الغير ، إلا بسبب قوى يظهر ظهور السبب الموجب لذلك الحق ، وإذا لم يظهر ذلك السبب بقى الحق الذى ثبت سببه كاملا من غير معارض ، وبتطبيق هذه القضية على الخنثى المشكل يكون الواجب إعطاءه أخس النصيبين ولو أعطيناه أحظهما كان انتقاصا من الآخرين بغير سبب يكون فى قوة أسبابهم ، ولنضرب الأمثال الموضحة لطريقة حل المسائل المشتملة على خنثى مشكل .

(أ) إذا توفى شخص عن زوجة ، وأم وأخوين لأم ، وأخت شقيقة ، وخنثى مشكل هو ولد للأب ، فلحلها : نفرض أولا أنه أنثى فيكون للزوجة الربع وللأم السدس ، وللأخوين للأم الثلث وللأخت الشقيقة النصف ، وللخنثى الذى فرض أختا لأب السدس تكملة للثلثين ، ويكون أصل المسألة — ١٢ — للزوجة — ٣ — وللأم — ٢ — ولولدى الأم — ٤ — وللأخت الشقيقة — ٦ — وللأخت لأب « الخنثى » — ٢ — وعلى فرض الذكورة تكون المسألة كما هى ، ولا يأخذ الخنثى شيئا ، لأنه سيكون أخا لأب يأخذ الباقى ، ولا باقى ، إذ أن المسألة قد عالت إلى ١٥ ، فتعتبر له هذه الحال .

(ب) وإذا توفيت عن زوج ، وولد خنثى وأب وأم ، فإنه على فرض الذكورة يستحق الزوج الربع ، والأب السدس والباقى للابن (الخنثى) وتكون المسألة من ١٢ ، ويكون للزوج ٣ ، وللأم ٢ ، وللأب ٢ ، والباقى وقدره — ٥ يكون للابن ، وعلى فرض الأنوثة يكون للورثة ما ذكرنا ويكون للبنت (الخنثى)

النصف أى يكون لها ستة أسهم ، وتعول المسألة إلى ١٣ فتستحق $\frac{٦}{١٣}$ وهذا الرقم أكبر من $\frac{٥}{١٢}$ ، على ما هو معروف فى طرق الموازنة بين الكسور عند الحسابيين ، ويتبين إذا كان ثمة تركة ، فإنه إن كانت التركة ١٥٦ فـ فإن $\frac{٦}{١٣}$ = ٧٣ فـ و $\frac{٥}{١٢}$ = ٦٥ فـ والأول أكبر ، وعلى ذلك يأخذ نصيب ذكر ، لأنه أخس النصيبين .

(جـ) وإذا توفى شخص عن زوجة وابنين ، وبنت وولد خنثى ، فإنه يكون للزوجة الثمن ، والباقى للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، وفى هذه الحال سيكون بلا شك أخس النصيبين نصيب أنثى فتأخذه .

٢٠٣ — هذا ما جاء به القانون(١٠٠) فى ميراث الخنثى المشكل ، وهو مذهب الحنفية باتفاق أئمة المذهب ، والشافعى فى قول له ، وهناك مذهبان آخران هما :

أولهما — أن الخنثى يرث متوسط النصيبين فتحل المسألة حلين ، ويجمع النصيب فى الحلين ويقسم على اثنين ، فيكون نصيب الخنثى ، وكذلك الحكم فى كل من يتغير نصيبه باختلاف الحلين ، أما من لا يتغير نصيبه ، فإنه يستمر على حكم واحد ، وهذا رأى مالك وقول لأبى يوسف ، قيل إنه الأخير .

والثانى — وهو رأى الإمام أحمد أنه إن كان يرجى كشف حاله بعد زمن ، فإنه يعطى الورثة الأقل من النصيبين ، كما يعطى الخنثى الأقل ، ويوقف الباقى

---

(١٠٠) ذكر القانون ميراث الخنثى فى المادة ٤٦ ، وهذا نصها : « للخنثى المشكل ، وهو الذى لا يعرف أذكر هو أم أنثى أقل النصيبين ، وما بقى من التركة يعطى لباقى الورثة » .

إلى أن تتكشف حاله ، كما هـو المذهب الشافعى ، وإن لم يكن يرجى كشف حاله فإنه يكون التوزيع كالمذهب المـالكى .

ونرى أن أعـدل الآراء هـو رأى الحنفية ، ولكن لا يكون إلا بعـد اليأس التام من تعرف حاله . واستقرار الأمر على إشـكاله ، والله سـبحانه وتعالى العليم بخلقـه .

٤ ــ ميراث ولـد الزنى وولـد اللعان

٢٠٤ ــ هـذه حال من الأحوال المترددة ، فإن فيها ولدا ثبتت صـلته بأمه وانتفت صلته النسبية بمن كان منه الحمل ظاهرا ، فولد الزنى ثابت النسب من أمه غير ثابت النسب ممن كان السبب فيـه ، ولو كان معروفا ، ومقرا بأن الحمل منه ، لأن ثبوت النسب نعمة ، والنعمة لا يكون سببها جريمة من الجرائم .

وولد اللعان قـد نفى نسبه من ولد على فراشه ، ووثق النفى بحلفـه أربع مرات أنه صادق فيما رمى امرأته به من نفى الولد ، والخامسة أن عليه لعنـة الله إن كان من الكاذبين ، فكان ذلك النفى الموثق سببا فى الفرقة بين الزوجين ونفى الولد على ما هـو مقرر فى أحكام اللعـان(١٠١) .

وإذا انتفى النسب فقـد زال سبب الميراث ، فلا يرث أباه ، ولا يرثه أبوه ولكن صلته بأمه ثابتة لا مجال للشك فيها ، لذلك يثبت نسبه منها ، ويثبت التوارث بينه وبينها ، باتفاق الفقهاء بالنسبة لولد اللعان ، وعلى قول الجمهور بالنسبة لولد الزنى ، فإن الشيعة الإمامية لا يثبتون له ميراثا ، لا من قبـل صاحب الحمل ، ولا من قبل أمه ، لأن الولد ثمرة الزنى ، فهو ثمرة الجريمة

---

(١٠١) المقرر فى الشريعة الإسلامية ان من يرمى محصنة بالزنا يجلد ثمانين جلدة ، إلا إذا رمى زوجته بالزنى أو بنفى نسب الولد ، فإنه لا يجلد إذا لاعن ، بأن يشهد بالله اربع مرات انه صادق فيما رماها به من الزنى ، والخامسة ان عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين . وتشهد هى اربع مرات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة ان عليها غضب الله إن كان من الصادقين ، فإن امتنعت عوقبت بعقوبة الزنى فى الشريعة ، وإذا تم اللعان على ذلك الوجه فرق بينهما ، وكانت حراما عليه إلا ان يكذب نفسه ، فيجلد ثمانين جلدة ويثبت النسب ، وفى حال نفى النسب لا توارث بينهما لعدم وجود سـبب الميراث .

من جانبها ، كما هـو ثمرة الجريمة من جانبه ، والميراث نعمة ، إذ هـو مال يسوقه الله سبحانه وتعالى للوارث من غير كسب ولا مجهود ، ولا يصح أن تكون الجريمة سببا للنعمة ، فهم لم يفرقوا فى ولد الزنى بين قرابة صاحب الحمل ، وقرابة الأم ، أما بالنسبة لولد اللعان فقد فرقوا بين صاحب الحمل وقرابته ، والأم وقرابتها ، فورثوا أمه وقرابتها ، ولم يورثوا صاحب الحمل وقرابته ، كجمهور الفقهاء •

أما جمهور الفقهاء فلم يفرقوا بين ولد اللعان ، وولد الزنى ، من حيث إثبات التوريث للأم وقرابتها ، ولم يثبتوه لصاحب الحمل أو الفراش وقرابته •

وعلى ذلك إذا مات صاحب الحمل لا يرثه . ولا يرث أحدا من عصبته أو ذى القرابة منه ، وإذا مات الولد عن مال لا يرثه صاحب الحمل ، ولا صاحب الفراش لعدم ثبوت النسب ، على ما هو مقرر ثابت •

٢٠٥ — ويلاحظ أنه يرث كل قرابة الأم ، سواء كانوا أصحاب فروض أم كانوا ذوى أرحام ، ويرثه ذوو الفروض وذوو الأرحام من قرابة أمه ، كل فى طبقته من التوريث ، فهو يرث أخاه لأمه ، ويرثه أخوه لأمه ، وترثه جدته أم أمه وترثه أمه ، وهذا كله ميراث بالفرض وقد يرث أمه بالتعصيب إذا كان ذكرا ، أو كان هناك ذكر وأنثى ، فانه تكون عصبة ، وقد يرث باعتباره من ذوى الأرحام • إذا لم يكن أحد من أصحاب الفروض أو العصبة • وقد يرثه ذوو الأرحام إذا لم يكن له أصحاب فروض ، ولا يتصور أن يكون له عصبة على مقتضى رأى جمهور الفقهاء •

هذا وقد جاء فى قانون الميراث أنه يجب عند توريث ولد الزنى واللعان مراعاة مدة ٣٦٥ يوما المحدودة فى الحمل ومراعاة هذه المدة توجب أمرين :

(أحدهما) أنها إذا كانت حاملا بالزنى أو نفى نسب حملها بملاعنه ، فإنه لكى يثبت حقه فى ميراث من يموت وهو حمل أن يثبت أنه كان فى بطن أمه وقت موته ، بولادته لخمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ الفرقة باللعان ، وابتداء الاستبراء من الزنى ، لأنه إن ولد بعد ذلك لا تكون حاملا به وقت وفاة المتوفى •

(ثانيهما) أنه إذا ولد الحمل لأكثر من المدد السابقة لا يثبت نسبه من المطلق أو المتوفى إذا كان ثمة فراش زوجية ، ولم يثبت زنى ، ولا لعان ، وفى هذه الحال لا يرث ولد المعتدة من صاحب العدة لولادته لأكثر من خمسة وستين يوما وثلاثمائة ، ويكون حكمه كولد الزنى أو اللعان ، فيرث أمه ، وقرابتها ، وترثه هى وقرابتها ، إلا إذا ثبت بإقرار المعتد به شرعا ، فإن المقر يكون أباه ، ويرث منه بهذا النسب •

٢٠٦ — هذا ما جاء بالقانون شرحناه ، وهو يتفق مع قول الجمهور ، ويجدر بنا أن نبين أن هناك أقوالا أخرى بالنسبة لولد اللعان ، وولد الزنى •

فبالنسبة لولد اللعان قال بعض الفقهاء أنه لما كان لا يرثه أبوه ولا قرابته ، بل الذى يرثه أمه وقرابتها ، فعصبة أمه يكونون عصبة له ، لكى تكون له عاقلة تعقل عنه إذا جنى ، وترثه إذا مات ، وهم عصبته ، وحيث لا عصبة له من قبل أبيه ، فعصبته هم عصبة أمه •

وقال بعضهم إن الأم تكون عصبته ، ثم بعدها يكون عصبتها من الذكور ، وذلك لأن صلته بها لا تكون أقل من صلة العبد بمن يعتقه ، والإعتاق قد جعله الشارع عصبة إن لم يكن عصبه ، والأنثى تكون عصبة أو فى حكم العصبة لمن تعتقه ، فكذلك هنا •

هذا وقد قال بعض الفقهاء إنه إذا ولدت الملاعنة توءمين ، يكونان أخوين شقيقين ، لأن النسب إن كان قد انتفى عن الأب فالنفى مقصور عليه ، فلا يلتحقان به ، ولكن فيما بينهما العلاقة ثابتة ، إذ أن الولادة على الفراش تجعل الولد ينتسب لا محالة إلى صاحب الفراش ، أما إذا نفاه باللعان فلا يلحق به ، ولكن لا ينتفى فى ذاته ، أو على الأقل لا يمتد النفى إلى غيره بخلاف ولد الزنى اذا جاء من بعده توءم له ، فإن الأخوة للأب لا تثبت بينهما ، لأن النسب غير ثابت من أول الأمر ، لعدم وجود سببه ، وهو الفراش من زوجية صحيحة •

والمذهب الحنفى أن التوءمين فى اللعان كالتوءمين فى الزنى لا تنعقد بينهما علاقة من جهة أبيهما ، لأنه حيث نفى نسب الأب فقد صارت العلاقة بينهما من ناحيته غير موجودة ، فلا تثبت علاقة بينهما بسببه ، بل تستمر العلاقة هى علاقة الأم ، فيكونان أخوين لأم •

هـذا بالنسبة لولد اللعان والأقوال المختلفة فيه .

أما ولد الزنى ؛ فالمقرر أنه لا يثبت نسبه ولو أقر بأنه ابنه ما دام يصرح بأنه من الزنى ، فنسبه لا يثبت من تلقاء نفسه ، ولا يثبت بالإلحاق . هـذا نظر جمهور الفقهاء ، ولكن اختار ابن تيمية ، قول إسحاق بن راهويه أن التوريث لولد الزنى بين الزاني وبينه إذا ألحقه به ، ولو صرح عند الإلحاق بأنه كان من الزنى ، ولكن يشترط لصحة ذلك الإلحاق أن تكون أمه عند الحمل ليست معتدة ولا زوجة ، لأن النسب بحكم الشرع يكون لصاحب الفراش ، فلا يكون مجهول النسب ، وشرط الإلحاق أن يكون الملحق مجهول النسب .

وأساس هـذا الرأي هـو منع ضياع الولد . واتباع الحقيقة في ذاتها ، وقصر حـديث « الولـد للفراش وللعاهر الحجر » من حيث دلالتـه على منع ثبوت النسب بالزنى ، على حال التعارض بين الفراش والزنى ، ولا شـك أن الأول أقوى سندا ودليلا ، فلا يلتفت إلى الثاني بجواره(١٠٢) .

التخـــارج

٢٠٧ ـ قلنا عند بيـان طريقة استخراج سهام كل تركة وتقسيمها ، أن التركة تقسم على أصل المسألة أو تصحيحه ، إن كانت المسألة عائلة ، أو فيهـا رد على بعض أصحاب الفروض ، ويعطى كل وارث ما يقابل سهامه من التركة ، وإن كانت المسألة فيها عول . أو فيها رد على كل أصحاب الفروض فيها ؛ فإنها تقسم على عـدد السهام ، لا على أصل المسألة ، ويعطى كل وارث ما يقابل سهامه ، وهـذا يسير في كل المسائل إلا إذا تخارج أحـد الورثة على شيء معين من التركة ، أو مقـدار من نقـدها ، أو مقـدار من المـال يعطيـه الورثة مجتمعين ، أو يعطيه بعضهم ، فإن التركة يكون لهـا نظام آخر غير النظام الذي بيناه سابقا ، وقبل بيانه نعرف معنى التخارج .

التخارج ـ هـو أن يتصالح بعض الورثة على قـدر معلوم في نظير أن يترك حصته فيها ، سواء أكان التصالح مع الورثة مجتمعين أم مع بعضهم ، على أن يحل البعض الذي أعطاه قـدرا معينا من المـال محـله في حصته ،

---

(١٠٢) بينت ميراث ولد الزنى واللعان المـادة ٤٧ وهـذا نصها :
« مع مراعاة المدة المبينة بالفقرة الأخيرة من المـادة ٤٣ يرث ولد الزنى وولد اللعان من الأم وقرابتها ، وترثهما الأم وقرابتها » .

وسواء أكان الورثة قد صالحوه على جزء معين من التركة نفسها ، أم صالحوه على مال قدموه له خارج التركة .

وعلى هذا نقول أن التخارج قسمان :

(أحدهما) أن يتخارج الوارث مع كل الورثة .

(وثانيهما) أن يتخارج مع وارث أو أكثر من الورثة ، ونتكلم على كل قسم مع بيان طريقة الحل فى كل صوره وأحواله .

٢٠٨ — التخارج مع كل الورثة : إذا تصالح وارث مع الورثة أجمعين على مقدار يأخذه ، فلذلك صورتان :

(إحداهما) أن يكون المقدار المأخوذ شيئا معينا من التركة ، أو مقدارا من النقود فيها ، وفى هذه الحال تحل المسألة بإعطاء كل ذى فرض فرضه ، ثم تبين سهام كل وارث ، بما فيهم الوارث المتخارج ، ثم تسقط سهام هذا الوارث فى نظير ما تخارج عليه ؛ والباقى من التركة يقسم على السهام الباقية ، بعد إسقاط سهام المتخارج ، ولنضرب على ذلك الأمثال :

(أ) إذا توفيت امرأة عن زوجها ، وأمها وعمها شقيق أبيها ، وتركت ألف جنيه . ومؤخر صداقها ، وخمسة عشر فدانا وتخارج الزوج على مؤخر الصداق والنقود ، فإننا نحل المسألة كأنه لا تخارج فيكون للزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللعم الباقى ، ويكون أصل المسألة — ٦ — سهام للزوج منها — ٣ — والأم — ٢ — والباقى — ١ — يكون للعم ، ولما كان الزوج قد تخارج على النقود ومؤخر الصداق فتسقط سهامه فى نظيرها والباقى من التركة وهو ١٥ ف يقسم على بقية السهام وهى ثلاثة ، ويستحق كل واحد من التركة ما يقابل حصته من السهام ، فتأخذ الأم عشرة ، والعم خمسة .

ولا يصح أن يقال أن الزوج يخرج بما تخارج عليه ، لأن ذلك يؤدى إلى أن تأخذ الأم ثلث الباقى والعم يأخذ الباقى بعدها ، وذلك مناقضة للأنصبة الشرعية لكل منهما .

(ب) وإذا توفى شخص عن زوجة وأم وأخوين لأم شقيقة ، وأخت لأب ، وترك تركة قدرها ١٤٠ ف وخمسون سهما فى إحدى الشركات ونقودا،

وتصالحت الزوجـة على النقود والأسهم ، ففى هـذه المسألة تستخرج الحصص بالسهام فى التركة ـ أولا ـ فتأخـذ الزوجة الربع ، والأم السدس ، والأخوان الثلث ، والأخت الشقيقة النصف ، والأخت لأب السدس ؛ والمسألة أصلها ـ ١٢ ـ للزوجة ـ ٣ ـ والأم ـ ٢ ـ وللأخوين لأم ـ ٤ ـ والأخت الشقيقة ـ ٨ ـ والأخت لأب ـ ٢ ـ فتعول المسأله إلى ـ ١٧ ـ تسقط حصة الزوجة بالسهام فى نظير ما تخارجت عليه ، والباقى من التركة يقسم على الباقى من السهام ، وقـدره ـ ١٤ ـ وكل يأخـذ ما يقابل حصته من هـذه السهام .

(ج) وإذا توفى شخص عن بنت وبنت ابن . وأم ؛ وترك تركة قـدرها اربعون فـدانا ، وألفا جنيه ، وقـد تخارجت الأم على النقود .

فتحل المسألة بالسهام أولا ، فتستحق البنت النصف . وبنت الابن السدس ، والأم السدس ، ويكون أصل المسألة ـ ٦ ـ تأخـذ البنت ـ ٣ ـ وبنت الابن ـ ١ ـ والأم ـ ٥ ـ وعلى ذلك ترد المسألة إلى ـ ٥ ـ وتسقط سهام الأم فى نظير ما تخارجت عليه ، ويقسم الباقى من التركة على الباقى من السهام ، فيقسم ٤٠ ف على ـ ٤ ـ تستحق البنت منها ٣٠ ف . وبنت الابن ١٠ ف .

(د) وإذا مات شخص عن زوجة ، وبنت ، وبنت ابن . وأم ؛ وترك تركة قـدرها ١٣٢ ف ومائة سهم فى إحـدى الشركات ، وتخارجت الأم على أسهم الشركة .

فإن المسألة تحل أولا باستخراج حصة كل وارث بالسهام ، فالزوجه يكون لهـا الثمن ، والبنت لهـا النصف ، وبنت الابن لهـا السدس ؛ والأم لهـا السدس ، ويكون المسألة فيها رد ، فيجعل أصـل المسألة مخرج نصيب الزوجة ، أى مقام الكسر الذى يدل على نصيب الزوجة فيكون أصل المسأله ـ ٨ ـ ويكون للزوجـة ـ ١ ـ والباقى وهـو ـ ٧ ـ يقسم بنسبة ١/٢ ، ١/٦ ، ١/٦ ـ أى يقسم على ٥ ، و ٧ لا تقبل القسمة على ـ ٥ ـ فيصبح أصل المسألة بضربه فى ـ ٥ ـ فيكون الأصـل المصحح ـ ٤٠ ـ للزوجة فيه ـ ٥ ـ وللبنت ـ ٢١ ـ ولبنت الابن ـ ٧ ـ وللأم ـ ٧ ـ .

وتسقط سهام الأم نظير ما تخارجت عليه ، وهو أسهم الشركة ، ويقسم الباقى من الشركة على الباقى من السهام ، فيخص كل سهم ــ ٤ ــ ويكون للزوجة ٢٠ ف وللبنت ٨٤ ف ، ولبنت الابن ٢٨ ف •

٢٠٩ ــ هــذه هى الحال الأولى من أحوال تخارج الوارث من بقيــة الورثة مجتمعين وهى تكون إذا كان المتخارج عليه شيئا معينا من التركة ، وقــد ضربنا الأمثال الموضحة ، وهــذه الصورة اكثر الصور ذيوعا على أقوال الفقهاء والمفتين • ويلاحظ أن التخارج فى هــذه الحال هو قسمة غير كاملة •

والحال الثانية أن يتخارج الورثة مع الوارث بمال خارج عن التركة ، وفى هــذه الحال ، إما أن ينصوا على أن كلا قــد دفع ما يقابل حصته ، وإما أن ينصوا على تقــدير آخر غير ذلك ، وإما ألا ينصوا على شىء •

(أ) فإن نصوا على أن كلا قــد دفع ما يقابل حصته ، تحــل المسألة كالصورة السابقة تماما ، بأن تستخرج السهام التى تكشف عن حصة كل وارث وتسقط حصة الوارث المتخارج فى نظير ما تخارج عليه ، وتقسم التركة على الباقى من السهام ، ويأخــذ كل وارث ما يقابل حصته ، لأن كل وارث تحمل من الغرم بمقــدار حصته، لتسلم له حصته بعــد ذلك من التركة خالصه من حق هــذا المتخارج فيها ، ولا طريق لتحقق ذلك ، إلا بأن تقسم التركة على بقيــة الســهام •

(ب) وإن اتفقوا على طريق آخر فى الدفع بأن دفع كل وارث مقــدارا أكثر أو أقــل مما يقابل حصته ، فإنه فى هــذه الحال ، تحل المسألة ، وتستخرج السهام ويبين ملخص سهام الوارث المتخارج من التركة ، ثم تقسم تلك الحصة على الورثة بما اتفقوا عليه ، فيأخــذ كل واحــد من حصة المتخارج بمقــدار ما دفــع ، لا بمقــدار ما يعــادل حصته فى التركة ، لأن الدفــع للمتخارج لم يكن على أساس ما خص كل حصة ، بل كان على مقــدار القــدرة المــالية لكل وارث فى الدفع ، والغرم بالغنم •

(جـ) وإذا دفعوا له مجتمعين ، ولم ينص على أن الدفــع كان بمقــدار حصة كل من التركة أو بمقــدار آخر ، فإنهم جميعا يكونون شركاء فى الدفــع فى مقابل أن يسلم لهم نصيبه ، فقــد اشتروا نصيبه بمالهم المجتمع ، ولم ينصوا

على تفاوت فى الحصص ، فيكونون جميعاً شركاء بالتساوى فى الحصة المبيعة من التركة ، وهى ما يستحق فيها .

والحل فى هذه الحال أن تستخرج السهام ، وتقسم التركة على كل السهام لا على بعضها ، وما قابل سهام الوارث المتخارج يقسم بينهم بالتساوى . لأنهم شركاء فيه إذ اشتروه ، وما داموا لم يبينوا حصة كل واحد فى الشركة ، فيكون الأصل هو التساوى ، إذ كل شركة الأصل فيها هو التساوى .

وهذا الحكم هو المقرر فى المذهب الحنفى ، وهو الذى جاء به قانون الميراث .

٢١٠ – التخارج مع بعض الورثه : ما تقدم كله كان التخارج فيه مع الورثة مجتمعين ، وهو فى بعض صوره قسمة للتركة غير كاملة ، إذا كان المتخارج عليه منها ، وفى الصورة الأخرى بيع من المتخارج لحصته للورثه .

أما التخارج فى هذا القسم ، وهو التخارج مع بعض الورثة ، فإنه فى حكم بيع الوارث حصته من التركة لبعض الورثة دائما ، وفى هذه الحال يحل المشترى لهذا النصيب محل الوارث فى نصيبه ، فيأخذ المشترى حصته بصفته وارثا ، ثم يأخذ حصة المتخارج(١٠٣) باعتباره قد اشترى هذه الحصة .

وحل المسألة فى هذه الحال أن يعطى كل صاحب فرض وعاصب أو غيره حصته بما فيهم الوارث المتخارج ، وتبين سهام كل وارث من غير استثناء أحد قط ، وتقسم التركة على كل السهام بما فيها سهام الوارث المتخارج ، ولكن ما خص سهامه لا يئول إليه ، بل يأخذه الوارث الذى دفع من ماله بدل التخارج ، لأنه اشترى تلك الحصة من التركه بما دفعه من بدل لها .

٢١١ – هذا شرح ما جاء فى قانون الميراث خاصا بالتخارج فى التركات

---

(١٠٣) بينت التخارج وأقسامه المادة ٤٨ وهذا نصها :
التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شىء معلوم ، فإذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله فى التركة ، وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبائهم فيها ، وإن كان المدفوع من مالهم ، ولم ينص فى عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بالسوية بينهم .

والحكم فيه عام فى ظاهر لفظه ، فليس خاصا بتركة خاصة ، ولا بنوع من المال دون نوع ، فيشمل التركات المعلومة على وجه اليقين ، والتركة التى لم تصف ، ولم يعلم مقدارها على التعيين ، ويشمل التركات المدينة والتركات غير المدينة كما يشمل التركات التى يكون بعضها ديونا لدى الغير ، والتركات التى ليس فيها ديون قبل أحد •

والتعميم بهذا الوضع يتفق مع الأحكام التى اشتمل عليها القانون المدنى فقد سوغ بيع وارث لاستحقاقه فى التركة من غير معرفة مقدار التركة ، ولا نوعها ، ولو كان بعضها ديونا قبل بعض الناس ، وليس الوارث الذى باع حقه ضامنا إلا لكونه وارثا ، فعليه فقط إثبات هذه الصفة ، إذا كانت التركه فيها ديون حل المشترى محله فيها ، وأصبح له حق المطالبة بمقدار نصيب ذلك الوارث الذى اشترى حصته ، وقد نصت على ذلك الحكم المواد ٤٧٣ ، ٤٧٤ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، وهذا نص هذه المواد :

مادة ٤٧٣ — من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن إلا إثبات وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك •

مادة ٤٧٤ — إذا بيعت تركة لا يسرى البيع فى حق الغير إلا إذا استوفى المشترى الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة ، فإذا نص القانون على اجراءات لنقل حق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضا أن تستوفى هذه الاجراءات •

مادة ٤٧٥ — إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئا مما اشتملت عليه وجب أن يرد للمشترى ما استولى عليه ما لم يكن عقد البيع قد اشترط صراحة عدم الرد •

مادة ٤٧٦ — يرد المشترى للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ، ويحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك •

٢١٢ — هذه هى مواد القانون المدنى المشتملة على بيان بيع حق الإرث ويدخل فى عمومه التخارج بكل صوره ، إذا كان بدل التخارج ليس جزءا معينا من التركة ، لأن هذه المواد تبين أحكام بيع حق الإرث من غير نظر إلى أن يكون المشترى أجنبيا ، أو يكون المشترى وارثا •

وواضح من هـذا أن التخارج الذى يأخـذ حكم البيع على هـذا النحو إذا كان فى التركة عقار لا تنتقل الملكية فيه إلا بعـد شهر العقد بالتسجيل •

أما إذا كان التخارج على جزء معين من التركة يختص به المتخارج فى نظير سهامه ، وهى التى ضربنا عليها الأمثال فى صـدر كلامنا فى التخارج فإن ذلك النوع من التخارج لا يعـد بيعا لحق الإرث خالصا ، بل هـو قسمه ، وفرز لنصيب الوارث المتخارج قـد ارتضاه حصة له ، وإن كان لا يخلو من معنى المبادلة كـكل قسمة للقيميات ، وعلى ذلك تجرى على هـذا النوع من التخارج أحكام القسمة لا أحكام البيع ، كما هـو الظاهر الذى يتفق مـع منطق الفقه والقـانون •

وقبل أن نترك حكم القانون نقول أن إطلاق الجواز لبيع التركات والتخارج منها ، ولو كان بعضها ديونا قبل الغير هـو الذى يتفق مع الأحكام القانونية الثابتة ولو كان فيها تمليك الدين لغير من عليـه الدين ، فهـو سير مقتضى منطق القانون المدنى الذى يسوغ ذلك التمليك ، إذ أنه يسوغ حوالة الحـق ، كما يسوغ حوالة الدين ، وقـد نوهنا إلى ذلك فى الأحكام العامة للتركات ، وقلنا أن المذهب الحنفى ، وإن كان يضيق عن حوالة الحق ، قـد تحايل فقهاؤه لتسويغها ، ونقلنا بعض النصوص فى ذلك ، وأرجأنا تمـام البيان إلى الكلام فى التخارج ، والآن نبين ببعض البيان ما أجملنا •

٢١٣ — إن التركة إن كان التخارج قـد أخـذ فيها صورة القسمة فهو قسمة يسرى عليها ما يسرى على كل الأشياء المشتركة عند اقتسامها ، ويكون التخارج فى حكم القسمة ، إذا كان المتخارج عليه بعضا معينا ، كما نوهنا إلى ذلك فى موضعه ، وإن كانت القسمة فيها معنى المبادلة أيضا •

وعلى ذلك يكون قابلا للنقض إذا حـدث ما يسوغ نقض القسمة فى التركات ، وقـد ذكر صاحب البدائع ثلاث أحـوال تنقض فيها قسمة التركة ، وبالتالى ينقض كل تخارج يأخـذ وصف القسمة ، وهـذه الثلاثة هى :

١ — ظهور دين على الميت ، وتنقض القسمة فى هـذه الحال إذا طلب الغرماء النقض ويجاب طلبهم إذا لم يكن فى التركة الباقية نقـود تكفى لسداد الدين ، ولم يستعد الورثة لقضاء الدين من مال أنفسهم حماية للقسمة من أن تنقض ، فإن لم يكن واحـد من هـذين الأمرين نقض القاضى القسمة بطلب الغرماء إن تعين الطلب سبيلا لاستيفاء ديونهم •

٢ – وظهور وصية لم تكن معلومة وقت القسمة أو وقت التخارج الذى أخـذ حكمها ، لأن مقادير السهام من التركة تتغير بظهور ذلك الشريك الذى لم يحتسب عند الاقتسام ، أو عند التخارج •

٣ – ظهور وارث لم يكن معلوما وقت القسمة ، فإن ظهوره يغير السهام نفسها ، لا مقاديرها من التركة فقط ، فهو شريك أيضا لم يحتسب حسابه ، فتنقض القسمة التى بنيت على أنه غير موجود ، ويعـدل التقسيم حتى تتميز حصته ، وتكون القسمة أو التخارج على أساس صحيح •

٢١٤ – هـذه بعض أحكام التخارج الذى يكون على شىء معين من التركة ، أما التخارج الذى لا يكون فيه بدل التخارج شىء معين من التركة فإنه يكون بيعا ، وتسرى فيه الأحكام السابقة ، لأن الأساس الذى بنى عليه قـد تغير بظهور من ظهروا •

والكلام فى أحكام ذلك النوع من البيع من الناحية الشرعية يشتمل على ثلاثة عناصر : هى معلومية التركة ، وحكم التخارج إذا كان بعض التركة نقودا ، وكذلك حكمه إذا كان بعضها ديونا قبل الغير •

أما الأول : وهـو معلومية التركة فالمتفق عليه بين فقهاء المذهب أنها ليست بشرط ، لأن المعلومية فى المبيعات بشكل عام شرط لإمكان التسليم ، ولـما كان الورثة الذين يخرجون بعضهم لتخلص التركة لهم ، هم المستولين عليها فعلا ، لم يكن ثمة حاجة إلى معرفتها على وجه التعيين ، وبذلك يتلاقى القانون المدنى فى هـذا الجزء مع الفقه الحنفى بالنسبة لبيع الحق فى التركة لأحـد الورثة أو لهم مجتمعين •

وأما الثانى : وهـو الحكم إذا كان فى التركة نقود وكان تخارج ، فإن كان التخارج بغير جنسها ، فهو صحيح قل أو كثر ، لأنه لا يشترط أن يكون التخارج بمقـدار الحصة تماما ، إذ هـو بيع تجرى عليه أحكام البيوع ، وليس بلازم أن يكون الثمن مساويا لقيمة المبيع •

وأما إذا كان بدل التخارج نقودا ، وفى التركة نقود وغير نقود واتحـد الجنس فإنه فى هـذه الحال يجب أن تكون النقود تزيد عن حصـة المتخارج فى النقود لكى يكون قـد وصل إليه حقه من النقـد ، والزائد يكون ثمنا لما

عـدا النقود من التركة ، ولو كان قليلا بالنسبة لنصيبه فيها ، فإنه يروى أن ورثة عبد الرحمن بن عـوف ، قـد تخارجوا مـع إحـدى أزواجه على مقدار من النقـد ، وعرف بأنه كان يساوى نصف حصتها من قيمة التركة فى مجموعها .

وأما الأمر الثالث ، وهـو الحكم إذا كان بعض التركة دينا قبل الغير فإن التخارج لا يجوز على مقتضى القياس ولو كان ببعض التركة ، وذلك لأنه تمليك لغير من عليه الدين ، إذ أن مقتضاه أن الجزء الذى كان يخص الوارث المتخارج من الدين قد ملكه لغيره والديون لا تقبل التمليك لغير من هى عليه ، ولأن حوالة الحق لا تجوز فى المذهب الحنفى .

٣١٥ ــ هـذه هى القاعـدة ، ولكن فقهاء المذهب وجـدوا فى تلك القاعـدة تضييقا على الناس ، ولم تكن إلا اتبـاعا لقياس فقهى ظاهر ، ولذلك تحايلوا للتوسعة على الناس ، وبين يدى مخرجان لفقيهين من أئمـة التخريج فى المذهب الحنفى وهما الكاسانى والزيلعى ، فالكاسانى يسوغ تمليك الدين لغير من عليه الدين ما دام لم يصرح بالدين الذى هـو موضع التمليك ، ويعتبر ذلك توكيلا بالقبض ، ويقول فى ذلك :

وأما بيع الديون من غير من هى عليه ، والشراء بهـا من غير من هى عليه فينظر إن أضاف البيع والشراء إلى الدين لم يجز ، بأن يقول لغيره بعت منك الدين الذى هـو فى ذمة فلان بكذا ، أو يقول اشتريت منك هـذا الشىء بالدين الذى هـو فى ذمة فلان ، فذلك لا يجوز ، وإن لم يضـف العقـد إلى الدين الذى عليه جاز ، ولو اشترى شيئا بثمن هـو دين ، ولم يضف العقـد إلى الدين جاز ، ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذى هـو عليه جازت الحوالة ، لأن هـذا توكيل بقبض الدين فإن المحال عليه يصير بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحال له والتوكيل بقبض الدين جائز أى دين كان .

هـذا تخريج الكاسانى ، وهـو فى هـذا يتجه إلى أن تمليك الدين يجىء عن طريق التوكيل بقبضه . ولو طبقناه على التخارج فى التركات لكان معنـاه أن المتخارج قـد وكل سائر الورثة فى قبض الدين ، وإذا تسلموها كان فى نظير ما أخـذ من مال ، وأما تخريج الزيلعى فقـد ذكره فى باب التخارج بين الورثة ، ولذلك كان نصا فى موضوعنا ، وهـو يجعل المقـدار الذى يعـد بدلا للتخارج قسمين أحـدهما يساوى مقـدار نصيب المتخارج فى ديون التركة ويأخـذه على أنه دين عليه ، والباقى يكون فى نظير ما عـدا الديون التى للتركة ، فأما الجزء

الذى يكون مساويا للدين الذى له قبل الغرماء ، فإن الغرماء يتعهدون للورثة بسداده ؛ ويحيل المتخارج الورثة عليهم عن طريق حوالة الدين ، وبذلك يتم التخارج فى العين والدين معا ، وبهـذين المخرجين يتلاقى الفقه والقانون فى هـذا المقام ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

الوصـية مـع المـيراث

٣١٦ – هـذا باب نختم به بحـوثنا فى هـذا الكتاب ، وهو يبين :

(أ) طرق حل المسائل التى تشتمل على وصايا ومواريث .

(ب) ويبين ثانيا طريق استخراج الوصية الواجبة التى صارت تشبه الميراث فى لزومها للمورث ولورثته .

٣١٧ – أما القسم الأول ، وهـو طريق حل مسائل الوصايا الاختيارية مع الميراث ، فإنه ينظر إن كانت الوصية نافـذة من غير حاجـة إلى إجازة أحـد ، أو تحتاج فى نفاذها كلها إلى إجازة الورثة .

فإن كانت لا تحتاج فى نفاذها إلى إجازة أحـد ، وكانت بمقـدار معين من التركة أو بمقـدار شائع فيها غير مقـدر بنصيب أحـد الورثة ، فإن الوصية تنفـذ أولا وتخرج ، ثم تقسم بقية التركة على الورثة .

فإذا كان المتوفى قـد أوصى بثلث ماله لأخته الشقيقة ، وكان ورثته ابنه وبنته وزوجته وأمه ، وترك تركة قدرها ١٨٠ ف ، فإن التركة يؤخذ منهـا أولا ثلثها ، ويعطى الأخت الشقيقة ، والباقى وقـدره ١٢٠ ف يقسم على ورثته المذكورين وتحل المسألة كما لـو كانت لا وصية فيها ، وإذا أوصى شخص لجهة بر بشىء معين من ماله يخرج من ثلث التركة ، وترك مع هـذا المعين ٢٤٠ ف وكان ورثته زوجة وأما وأبا ، وبنتا ، فإن الموصى به المعين يكون لجهة البر وصية ، وتقسم الأطيان على الورثة ، كل على حسب سهامه .

٣١٨ – وإذا كانت الوصية بمثل نصيب أحـد الورثة ، ولا يحتاج إلى إجازة فإن مقـدارها لا يعرف إلا بعـد معرفة سهام الوارث الذى أوصى بمثل نصيبه ، ولذلك تقسم التركة بالسهام أولا ، فإذا عرف مقـدار سهام الوارث الذى أوصى بمثل نصيبه ، أضيف إلى مجموع السهام مقـدار سـهام ذلك

الوارث ، ليكون ذلك مقـدار ما يقابل نصيب الموصى به ، ثم تقسم التركة بعـد ذلك على مجموع سهام الورثة مضافاإليها سهام الموصى له . وما يقابل سهامه يكون هـو المقـدار الموصى به ، ولنضرب لذلك بعض الأمثلة :

(أ) إذا توفى شخص عن زوجة ، وأم وأخوين لأم ، وأختين شقيقتين ، وأخ لأب أوصى له بمثل نصيب الأخ لأم ، وترك ٣٨٠ ف ، فإن التركة تقسم هـكذا :

تعطى الزوجة الربع ، والأخوان لأم الثلث ، والأم السدس ، والأختـان الشقيقتان الثلثين ، ويكون أصل المسألة — ١٢ — وتكون سهام الزوجة — ٣ — والأم — ٢ — والأخوين لأم — ٤ — لكل واحـد — ٢ — والأختين — ٨ — ويكون مجموع السهام — ١٧ — فهى عائلة ، ويضاف إلى هـذا المجموع مقـدار ما خص كل أخ لأم من سهام ، وهـو — ٢ — مقـدار الموصى به ، فيضاف إلى مجموع السهام فيصير المجموع — ١٩ — وتقسم التركة على ١٩ . فيكون ما يخص السهم ٢٠ ف فيعطى كل ذى فرض ما يقابل سهامه ، ويعطى الموصى لـه ما يقـابل سـهامه .

(ب) توفيت امرأة عن زوج ، وبنت وبنت ابن ، وأخت شقيقة ، وأخت لأب ، أوصى لها بمثل نصيب الأخت الشقيقة ، وتركت تركة قدرها ٣٦٠ ف ففى هـذه الحال يعطى الزوج الربع ، والبنت النصف ، وبنت الابن السدس تكملة للثلثين ، والأخت الشقيقة الباقى ، لأنها عصبة مع الغير ، ويكون أصل المسألة — ١٢ — يكون للزوج — ٣ — وللبنت — ٦ — ولبنت الابن — ٢ — وللأخت الشقيقة الباقى ، وهو — ١ — ويكون لأخت الأب الموصى لها — ١ — بمقـدار الأخت الشقيقة ، فيكون مجموع سهام الورثة والموصى لهـ ١٣ — تقسم عليها التركة فيخص كل سهم ٢٠ ف ، يعطى كل وارث منها ما يقابل نصيبه .

(جـ) وإذا توفى شخص عن زوجين : إحـداهما مسيحية أوصى لها بمثل نصيب المسلمة ، وعن بنتين ، وأب وأم ،وترك تركة قـدرها ٦٠ ف . فيكون للزوجة المسلمة الثمن وللبنتين الثلثين ، وللأم السدس ، وللأب السدس مـع الباقى إن كان باق ، ويكون أصـل المسألة — ٢٤ — للزوجة المسلمة — ٣ — وللبنتين — ١٦ — وللأم — ٤ — فيكون مجموع السهام — ٢٧ — وتكون عائلة ، ويضاف إلى هـذا المجموع — ٣ — للزوجة المسيحية الموصى لها ، فيكون المجموع

— ٣٠ — تقسم عليها التركة ، فيخص كل سهم — ٢ — ويخص الموصى لهـا ٦ ف ويعطى كل وارث ما يقابل سهامه .

هـذه أمثلة موضحة للوصية إن كانت بمثل نصيب أحـد الورثة ، ولم تخرج عن الثلث .

٢١٩ — وهذه هى الوصايا النافـذة ، وطريق المسائل المشتملة عليهـا ، واستخراجها ، ولننتقل إلى الوصـايا غير النافـذة كلها إلا بإجازة الورثة ، وهى الوصايا التى تكون بأكثر من الثلث ، فإن الجزء الزائد على الثلث لا ينفـذ إلا بإجازة الورثة ، والثلث ينفـذ من غير حاجة إلى إجازتهم .

ولهـذا النوع من الوصايا حالان : (إحـداهما) أن تكون الوصايا بمثل نصيب أحـد الورثة ، ويكون أكثر من الثلث ، كأن يكون الورثة بنته وابنه ، ويوصى لشخص بمثل نصيب ابنه ، وفى هـذه الحال تحل المسألة كالطريقـة التى ذكرناها آنفـا باستخراج سهام كل وارث ، وإضافة سهام إلى المجموع تساوى سهام الوارث الموصى بمثل نصيبه ، ثم إن أجاز الورثة الوصية نفذت كلها ، وإذا لم يجيزوا نفـذت فى الثلث فقط ، وقسم الثلثان بين الورثة بمقدار سهامهم بأن يخرج الثلث أولا ، والثلثان يقسمان تقسيما مبتدأ ، ولا نعتبر الوصية بمثل نصيب أحـد الورثة .

٢٢٠ — الحال الثانية ألا تكون الوصية بمثل نصيب أحـد الورثة ، وهى أكثر من الثلث ، وهـذه الوصايا يفرض لهـا ثلاثة فروض ، ولكل فرض حكم ، وحل خاص بالمسائل المشتملة عليه .

الفرض الأول — أن يجيز الورثة جميعا هـذه الوصية ، وفى هـذه الحال يخرج مقـدارها من أصـل التركة ، والباقى يكون للورثة يقسم بينهم على حسب فرائضهم وما يستحقون .

الفرض الثانى — ألا يجيز الورثة جميعا ، وفى هـذه الحال تنفـذ الوصية فى الثلث ويخرج من أصل التركة ، والباقى يقسم بينهم تقسيم الميراث .

والفرض الثالث — أن يجيز بعض الورثة ، ولا يجيز بعضهم ، وفى هـذه الحال تقسم التركة تقسيمين : تقسيم على فرض الإجازة ، وتقسيم على فرض

عــدم الإجازة ، فمن أجاز أخــذ نصيبه على تقسيم الإجازة ، ومن لم يجز أخذ نصيبه على تقسيم عــدم الإجازة ، والباقى بعــد أن يأخــذ كل ذى حق حقه يكون للموصى له ، ولنبين ذلك ببعض الأمثلة نسوقها •

(أ) إذا توفى شخص عن زوجة وأخت شقيقة وأخت لأب وأم وأوصى لجهة بر بنصف ما يملكه • وترك ٣٩٠ ف • وأجازت الأم والزوجة ، ولم تجز الأختان ، فتقسم التركة تقسيمين ، بعــد التقسيم بالسهام ، وعلى ذلك تكون الزوجة تستحق الربع ، والشقيقة النصف ، والأخت لأب السدس ؛ والأم السدس وأصل المسألة ــ ١٢ ــ وعالت إلى ــ ١٣ ــ لأن سهام الزوجة ــ ٣ ــ والأم ــ ٢ ــ والشقيقة ــ ٦ ــ والأخت لأب ــ ٢ ــ •

ويقسم ــ أولا ــ على فرض الإجازة فيكون للوصية ــ ١٩٥ ــ وهى النصف ويقسم ١٩٥ على ١٣ فيخص السهم ١٥ ، ويكون للزوجة ٤٥ ف ، وللأم ٣٠ ف ، وللشقيقة ٩٠ ف ، وللأخرى ٣٠ ف •

ويقسم ــ ثانيا ــ على فرض عــدم الإجازة ، فيكون للوصية ١٣٠ ف هى الثلث ويقسم ٢٦٠ ف على ١٣ فيخص السهم ٢٠ ف ، ويكون للزوجة ٦٠ ف ، وللأم ٤٠ ف ، وللشقيقة ١٢٠ ف ، وللأخرى ٤٠ •

ولمــا كانت الزوجة والأم قــد أجازتا الوصية ، فهما تأخــذان نصيبهما على تقسيم الإجازة ، فيكون للزوجــة ٤٥ ف ، وللأم ٣٠ ف ، والأختان لمــا لم تجيزا أخــذتا نصيبهما ، على تقسيم عــدم الإجازة فتأخــذ الشقيقة ١٢٠ ف ، والأخرى ٤٠ ف ، والباقى وقــدره ١٥٥ ف هو قــدر الوصية النهائى •

(ب) إذا توفيت امرأة عن زوج ،وأخوين لأم ، وأم وأوصت لمستشفى بمائة وعشرين فــدانا ، وتركتها كلها ١٨٠ ف ، وقــد أجازت الأم الوصية ، ففى هــذه المسألة تبين الأنصبة بالسهام ، فيستحق الزوج النصف ، والأم السدس، والأخوان لأم الثلث ، ويكون أصل المسألة ــ ٦ ــ للزوج منها ــ ٣ ــ وللأم ــ ١ ــ وللأخوين ــ ٢ ــ ثم تقسم التركة ــ أولا ــ على فرض الإجازة فيقسم بين الورثة ــ ٦٠ ــ ف فيستحق الزوج ٣٠ ف ، والأخوان لأم ٢٠ ف ، والأم ١٠ ف •

وتقسم — ثانيا — على فرض عدم الإجازة فيخرج الثلث ، وتكون التركة التى تقسم بين الورثة ١٢٠ ف ويستحق الزوج ٦٠ ف ، والأم ٢٠ ف ، والأخوان لأم ٤٠ ف ٠

ولما كانت الأم قد أجازت : فإنها تستحق ١٠ ف على تقسيم الإجازة ، والباقون يستحقون أنصبتهم على تقسيم عدم الإجازة إذا لم يجيزوا ، فيأخذ الزوج ٦٠ ف ، والأخوان ٤٠ ف ، ويكون مقدار الوصية النهائى ٧٠ ف ٠

الوصية الواجبة

٢٢١ — الأصل فى الوصايا أنها اختيارية ، وليس منها واجبة بحكم القضاء ، والوصايا بأداء الكفارات والزكوات التى تكون قد فاتته فى حياته واجبة وجوبا دينيا ، وليس الوجوب وجوبا قضائيا ، ولذلك لو تركها لا تنفذ من ماله فى المذهب الحنفى ، وعلى النحو الذى بيناه فى مقدمة هذا الكتاب التى بينا فيها الأصول العامة لأحكام التركات ٠

ولكن قانون الوصية أتى بحكم لم يسبق بمثله فى المذاهب الإسلامية المشهورة ، وهو أن الوصية تكون واجبة بحكم القانون ، وتنفذ بحكم القانون ، سواء أراد المورث أو لم يرد ، تلك الوصية تكون لفرع من يموت فى حياة أحد أبويه حقيقة ، أو حكما ، وهو المفقود ، أو يموتان معا ، كالحرقى والهدمى والغرقى ٠

والباعث على ذلك أنه فى أحوال غير قليلة يموت الشخص فى حياة أمه أو أبيه ، ويحرم هو وذريته من ميراثه الذى كان يستحقه لو عاش إلى وفاة والديه ، وبذلك يصير أولاده فى فقر مدقع ، مع أن أعمامهم يكونون فى سعة ورغد من العيش ، يجتمع لأولئك اليتامى مع اليتم وفقد العائل الحرمان ، ويضطرب ميزان التوزيع فى الأسرة ، ويصير بعضهم فى متربة بسبب موت أبيهم المبكر ، وكثيرا ما كانت الأسر المتعاونة تحمل الأب أو الأم على الوصية لأولاد ولدهما المتوفى فى حياتهما ٠

فجاء قانون الوصية ، وقرر ذلك المبدأ ، واعتبره وصية واجبة ، وتعلق واضعوه ببعض نصوص القرآن الكريم ، وآراء بعض فقهاء التابعين ، ورأى لابن حزم الأندلسى ، ونص على ذلك فى المواد ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، من ذلك القانون ٠

٢٢٢ ــ وخلاصة ما اشتملت عليه تلك المواد أنه يجب على الشخص أن يوصى لفرع ولده المتوفى فى حياته بنصيبه ، إذا لم يستحق ذلك الفرع من التركة شيئا ، مهما تنزل درجة الفرع ، إذا كان المتوفى فى حياة أحد والديه ذكرا بشرط ألا تتوسط أنثى ، فإن توسطت أنثى لا تستحق الطبقات التى تليها ، وإذا كان المتوفى فى حياة أحد أبويه أنثى لا يستحق من فرعها إلا الطبقة التى تليها فقط ، أى أن أولاد الظهور يستحقون مهما تكن طبقتهم ، أما أولاد البطون فلا يستحق إلا الطبقة الأولى من أولاد البنات .

وكل طبقة لا تستحق إذا كان من يصلها إلى المتوفى موجودا ، فالطبقة العالية تحجب من دونها ممن يدلى بها ، أى يتصل بوساطتها ، فكل فرع موجود يحجب من يتصل بالمتوفى عن طريقه ، ولا يحجب من لا يتصل عن طريقه ولو كان فى طبقة أسفل منه .

٢٢٣ ــ والوصية الواجبة تكون بمقدار نصيب الولد المتوفى فى حدود الثلث فإن كان نصيبه يزيد على الثلث لا تجب الوصية إلا بمقدار الثلث ، وإذا لم يوص المورث بهذا المقدار المحدود نفذت الوصية فى ماله بحكم القانون ، وإن أوصى بأقل من نصيب ولده المتوفى كمل ، حتى يصل إلى مقداره بشرط ألا يزيد على الثلث ، وإن أوصى بأكثر من نصيب ولده المتوفى كان الزائد وصية اختيارية ، ويكون حكمها كحكم سائر الوصايا الاختيارية .

وإن كان ثمة وصايا اختيارية ، والثلث يضيق عنها هى والوصية الواجبة ، قدمت الوصية الواجبة على غيرها ، وما بقى تتزاحم فيه الوصايا الاختيارية ، وينفذ من كل وصية مقدار يعادل مقدارها بالنسبة لمجموع هذه الوصايا ، أى يكون الزائد بينها بالمحاصة ، بأن يعطى كل بنسبة وصيته .

وما يكون من وصايا لأصحاب الوصية الواجبة بأكثر من نصيبهم يكون الزائد حكمه فى التزاحم كأصحاب الوصايا الاختيارية ، ويكون معها على قدم المساواة ، وتقسيم الوصية الواجبة بين مستحقيها تقسيم الميراث ، أى أنه يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، إن كانوا ذكورا وإناثا ، وإن اتحد الجنس قسم بينهم بالتساوى ، والتقسيم يبتدىء عند أول طبقة ، وما خص كل أصل يأخذه فرعه .

٢٢٤ ـ ويشترط لإيجاب الوصية الواجبة :

(أ) ألا يكون الفروع الذين مات أصلهم فى حياة أحـد أبويه وارثين ، فإن كانوا وارثين ، ولو مقـدارا قليلا لا تجب الوصية ، وتكون الوصية لهم من قبيل الوصية الاختيارية تجرى عليها أحكامها ، ولا تقـدم على غيرها من الوصـايا .

(ب) ويشترط أيضا ألا يكون الميت أعطاهم بغير عوض عن طريق آخر كطريق الهبة أو الوقف ما يساوى الوصية الواجبة ، فإن كان قـد أعطاهم أقل منها وجبت وصية لهم بمقـدار ما يكمل نصيب أصلهم الذى توفى فى حيـاة أحـد أبويه أو الثلث ، إن كان نصيبه أكبر منه ، فإن كان الميت قـد أعطى أصحاب الوصية الواجبة بالهبة أو نحوها مقـدار نصيب أصلهم ، فالوصية لا تكون واجبة ، وإن كان ما أعطاهم أقل من نصيبه ودون الثلث كمل لهم الأقل من الاثنين : النصيب أو الثلث .

٢٢٥ ـ هـذه خلاصة موجزة أشد الإيجاز لمـا جاء فى قانون الوصية خاصا بالوصية الواجبة ، وهى قـد صارت من حيث إجبار الموصى عليهـا ، وأخـذها من تركته بحكم القانون جبرا عنه ، وعن ورثته ـ كالاستحقاق فى الميراث فى الجملة ، وإن كانت تفترق عنه من حيث إن الموصى لهم لا يستحقونها بمجرد الوفاة من غير طلب كالميراث ، إذ لم يرد نص بأنه تنتقـل الملكية فيها فـور الوفاة من غير حاجة إلى قبول أو طلب ، ولندرة الرفض كانت كالميراث ، وإن كانت فى ذاتها تأخـذ أحكام الوصايا .

ولنضرب الأمثلة الموضحة التى تكشف عن مقصد القانون ، وبعض غرائبه :

(أ) إذا كان لرجل ولد ذكر توفى فى حياته ، ولـه ابنة مثلا ، وتوفى ذلك الرجل عن زوجة ، وابنتين ، وأخت شقيقة ، فإن مقـدار الوصية الواجبة الثلث ، لأنه لو فرض الابن المتوفى حيا عند وفاة أبيه لاستحق أكثر من ثلثها ، فلا يعطى فرعه كل نصيبه ، وتكون الوصية الواجبة هى الثلث وتأخـذه بنته ، ويلاحظ أن الثلث الذى تأخـذه بنت هـذا الابن هـو ثلث المـال كله ، وبذلك يكون نصيبها أكثر من نصيب البنت الصلبية ، لأن كل واحـدة من البنتين ستأخـذ ثلث الثلثين ، لا ثلث المـال كله ، فإن كانت التركة ١٨٠ ف فتأخـذ بنت ابن

المتوفى ستين فــدانا ، لأنها ثلث المــال كله ، وتأخــذ كل بنت للموصى أربعين فــدانا ، لأن ذلك ثلث الباقى ، وهــو ١٢٠ ف •

ويجب أن يلاحظ أنه إن كان للرجل بنت واحــدة ولا تجب الوصيه لابنة الابن - لأنها تكون وارثة ، ولكن ميراثها يكون السدس فقط فتستحق إذا كانت التركة (٨٠ ف) مقــدار ثلاثين فــدانا ، وهــذه إحــدى الغرائب التى يؤدى إليها تطبيق قانون الوصية بنصوصه ومعناه ومرماه •

(ب) وإذا كان لرجل ابن وبنت قــد توفيا فى حياته ، وكان للبنت ابن بنت توفيت أمه ، وللابن بنت ابن متوفى أيضا وتوفى الرجــل عن بنت وابن ، فإن الوصية الواجبــة فى هــذه الحال لا تشمل ابن بنت البنت ، لأن أولاد البطون لا يستحق منهم إلا الطبقة الأولى التى تلى الفرع المتوفى فى حياة أبيه وتستحق الوصية الواجبة بنت ابن الابن ، ويكون مقــدارها الثلث ، لأن ما يستحقه أصلها المتوفى يكون أكثر من الثلث ، وحينئذ يكون نصيب بنت ابن الابن أكثر من نصيب البنت الصلبية ، لأن هــذه أخــذت ثلث الكل والصلبية استحقت ثلث الثلثين •

(جـ) وإذا كان لرجل ابن توفى فى حياته ، ولهــذا الابن بنت وابن آخر توفى فى حياته أيضا وترك بنتا ، أى أن فروع الابن الذى توفى فى حياة أبيه بنت وبنت ابن ، ثم توفى الرجل عن زوجة وابن وبنت ، ففى هــذه الحال تكون الوصية الواجبة هى الثلث ، لأن ما سيأخــذه الابن لو كان حيا عند وفاة أبيه أكثر من ثلث ، ويقسم الثلث بين أول طبقة تلى هــذا الابن وهى البنت وأخوها فتأخــذ ثلث الثلث ، ويأخــذ أخــوها ثلثى الثلث ، وما أخــذه يكون لابنته ، لأنه توفى فى حياة الأصل الأول ، فإذا كانت التركة ١٨٠ ف تكون الوصية (٦٠ ف) لبنت الابن المتوفى فى حياة أبيه (٢٠ ف) ولبنت ابن هــذا الابن (٤٠ ف) • وهــذه أيضا إحــدى الغرائب التى يؤدى إليها تطبيق ذلك القانون •

٢٢٦ — هــذه أمثلة توضح ما اشتملت عليه المواد الخاصة بالوصية الواجبة من قانون الوصية •

ويلاحظ أن هــذا القانون كشأن كل قانون عام فى نصوصه لم يبين طريقة استخراج مقادير الوصية الواجبــة بالطرق الحسابية ، بل بين القاعــدة ،

والأصول التى تبنى عليهـا المسائل ، وترك للمطبقين لـه طريق الاستخراج بالطرق الحسابية ، إذ ليست هـذه الطريقة حكما يجب بيـانه ، ولكنها حساب يلاحظ فى استخراج الأرقام فيه أن تكون مطابقة تمام المطابقة لألفـاظ القانون وقواعـده ومقاصـده ، والقانون قيد من يستخرج حساب الوصية الواجبة بثلاثة قيـود .

أولها : ألا تزيد على الثلث ، لأن المقـدار الذى خصصه الله سبحانه وتعالى للوصية عامة هو الثلث ، فلا تتجاوزه الوصية الواجبة كما قـدمنا .

ثانيها : أن تنفـذ على أساس أنهـا وصية لا ميراث ، والوصية تنفـذ من كل التركة . ومن رأسها ، بحيث تنال نصيب كل وارث من الورثة بالنقص ، فلا يختص بالنقص فريق دون فريق ، وعلى ذلك لا تنقص الوصية الواجبة ، من نصيب الأولاد دون غيرهم ، بل تنقص جميع الورثة ، لأنها وصية ، وإن كانت واجبة بحكم القانون .

ثالثها : أن تكون بمقـدار نصيب الولد المتوفى فى حياة أحـد أبويه ، فلا تتجاوزه لأن الغرض العام من القانون أن يأخـذ الفرع نصيب أصله الذى توفى فى حياة أحـد أبويه ، لا أن يأخـذ أكثر منه ، لأن القانون نص على أنه يأخـذ مثل ما كان يأخـذ أصله لو كان حيا . فهو يفرض الأصل حيا ، ويعطيه ما كان يأخـذه على ذلك الفرض ، وليس من المعقول أن نعطى الفرع أكثر مما كان يأخـذ أصله ، وهـو ما أخـذ إلا عن طريقه وباسمه .

٢٢٧ ــ هـذه هى القيود الثلاثة التى ألزم القانون شارحه ومطبقـه التقيد بهـا عند استخراج ما يستحقه صاحب الوصـية الواجبـة بالسهام والحساب ، ويقيد الحـل فوقهـا بألا يؤثر فرض وجـود المتوفى فى الورثة الموجودين فعـلا بالحجب .

ولقـد فرضنا حلولا ثلاثة ، واختبر كل حل منها ، وجعلنا المقياس هـو هـذه القيود الثلاثة ، فما انطبق عليها تمـام الانطباق قبلناه ، وما خالف بعضها تركناه عن بينة[١٠٤] .

---

(١٠٤) ذكرنا هـذا فى بحث نشر بمجلة القانون والاقتصاد بعنوان (الجـديد فى قانون الوصية) وذلك بعـدد سبتمبر ١٩٤٧ المجلد السابع عشر ، وكان ذلك قبل أن يعرض الأمر على القضاء ويصدر فيه حكما ، وتصدر فيه فتوى دار الإفتاء .

الحل الأول : أن يفرض الفرع المتوفى حياً ، وتقسم التركة على فرض وجوده ، ويعطى أولاده نصيبه على ذلك ، ولنضرب لذلك مثلا :

توفى رجل عن زوجته ، وأمه وأبيه ، وبنت وابن ، وبنت ابن توفى أبوها فى حياة المورث ، وترك ذلك المورث تركة قدرها ٣٦٠ ف .

فإننا إن فرضنا الابن المتوفى حيا ، وقسمنا يكون بعد استخراج السهام ما يخص الزوجة هو ٤٥ ف وما يخص الأم ٦٠ ف ، والأب كذلك ٦٠ ف ويكون الباقى للأولاد للذكر مثل حظ الانثيين ، وفيهم المتوفى الذى فرض حيا ، ويكون ما يخصه ٧٨ ف ، تعطاها ابنته ، وهذا الحل وإن كان فيه القيد الأول والثالث قد توافرا لم يأخذ فرع الابن المتوفى ما أخذ على أنه وصية . لأن الوصية تقضى بأن ننقص أنصبة الورثة أجمعين ، وهنا نجد أصحاب الفروض لم تنقص أنصبتهم بما أخذه الابن ، فلم ينقص إلا نصيب الأولاد .

وفوق ذلك فإن هذا الحل مفروض على أساس أن الابن يعطى ميراثه على أنه موجود ، والورثة يأخذون أيضا على أساس أنه موجود ؛ فيكون إشكال إذا كان وجوده يحجب بعض الورثة المستحقين فعلا كأن يكون فى المسألة زوجة وأربع بنات وأخت شقيقة وبنت ابن توفى فى حياة أبيه ، فإننا لو سايرنا ذلك الحل ، لكان مقتضاه أن تأخذ البنات بالتعصيب مع الابن وأن تحجب الأخت الشقيقة ، وينتهى الأمر بأن نحجب وارثا حيا أعطاه الشارع الإسلامى لأجل فرض الابن حيا ، وأن يتحول نصيب البنات من الفرض إلى التعصيب ، لأجل ميت أيضا فرض حيا ، والقانون ما تعرض بالنفى للأنصبة الشرعية الثابتة بمحكم القرآن وصحيح السنة ، ولكن كل ما صنعه أن زاد وصية واجبة .

ولذلك كان هذا الحل غير مقبول ، وإن كانت بعض المحاكم الشرعيه قد سارت عليه ، ولكن الاستئناف ألغى تلك الأحكام .

٢٢٨ ــ الحل الثانى ــ أن يفرض أن الوصية الواجبة هى وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، فكأن واضع القانون فرض أنه إذا كان الموجود فرع ابن توفى فى حياة أحد أبويه تكون وصية واجبة بمثل نصيب الابن ، وأنه إذا كان الموجود فرع بنت توفيت فى حياة المورث ، فإن المقنن يكون قد أوجب وصية بمثل نصيب بنت .

ولنطبق ذلك على هـذا المثل ، وهـو أن تتوفى أمرأة عن زوجها وبنت ، وابن وبنت ابن توفى أبوها فى حياتها ، وتركة قـدرها ٣٦٠ ف ، فإنه تحل المسـألة هـكذا :

لا يفرض المتوفى حيا ، بل تحل المسألة بين الأحياء ، فيكون للزوج الربع ، والباقى للبنت والابن للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون أصـل المسألة ـ ٤ ـ للزوج ـ ١ ـ وللبنت ـ ١ ـ وللابن ـ ٢ ـ ثم يضاف مثل سهام الابن وتقسم التركة على ٦ فيخص الزوجة ٦٠ ف ، والبنت ٦٠ ف ، والابن ١٢٠ ف ، وبنت الابن المتوفى ١٢٠ ف .

وهـذا الحل توافر فيه القيدان الأول والثانى ، ولم يتوافر فيـه القيد الثالث ، لأن الابن لو فرض حيا تكون المسألة هكذا ـ الزوج والبنت والابنان ـ ويكون للزوج الربع ، والباقى للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين فيكون أصـل المسألة ٤ . يصحح إلى ٢٠ لعدم قبول الثلاثة القسمة على ـ ٥ ـ وتقسم التركة على ٢٠ فيخص السهم ١٨ ، يكون للزوج ٩٠ ف ، وللبنت ٥٤ ف وللابن ١٠٨ ف .

وترى من هـذا أن الابن لو كان حيا يأخـذ ١٠٨ ف بينما تأخـذ بنته على أعتبار أن الوصيه الواجبة وصية بمثل نصيب أحـد الورثة (١٢٠) وهـذا غريب فى ذأته ومجاف للقواعـد المتبعة فى تفسير القوانين ، إذ أن البنت تأخـذ باسم أبيها . فتأخـذ ما كان يستحقه لو كان حيا ، فكيف تأخـذ أكثر منه .

وإن هـذه الزيادة تطرد فى كل المسائل التى يكون استحقاق الفرع المتوفى فى حياة أحـد أبويه لا يتجاوز الثلث إن كان حيا .

وإنما اطردت تلك الزيادة ، لأن نصيب الأولاد على الحل الذى يعتبرها وصية بمثل نصيب أحـد الورثة يقسم على عـدد الأولاد الموجودين فعلا فتكون الحصة للواحـدة كبيرة ، ويكون ما يقابلها من التركة كبيرا ، ولو أضفنا مقـدار ما خص أحـدهم إلى سهام التركة ، بينما إذا فرض الولد موجـودا ستكون القسمة على الأولاد الموجودين ، ومن فرض موجودا ، ألا ترى أننا عندما حللنا المسألة السابقة على اعتباره وصية بمثل نصيب أحـد الورثة قسمنا نصيب الأولاد على بنت وابن ، بينما إذا كان الابن المتوفى قـد فرض موجودا تكون القسمة على بنت وابنين .

من أجل هذا قلنا أن ذلك الحل غير مستقيم : ولكن مع ذلك أخذ به فضيلة مفتي الديار المصرية في فتاويه وقتا ما • واعتبر ما عداه باطلا ، وسنبين وجهة نظره ونناقشها إن شاء الله تعالى •

٢٢٩ ــ الحل الثالث ــ وهو الحل الذي ارتضيناه من بين هذه الحلول التي فرضناها والقانون بعد بكر لم توضح مسائله ، وذلك الحل يتلخص في أن نخطو لاستخلاص الوصية الواجبة ، وبيان ما يستحقه كل وارث ثلاث خطوات :

أولاها : أن نفرض الولد الذي توفي في حياة أبيه حيا ، ويقدر نصيبه كما لو كان موجودا • فإذا كان الميت قد ترك بنتين وابنا ، وأبا وأما وبنت ابن توفي أبوها في حياته ، وترك تركة هي ٢٧٠ ف ــ نفرض الولد الذي توفي في حياة أبيه حيا . ويبين مقدار نصيبه بالسهام ، فيكون أصل المسألة ــ ٦ ــ وصححت إلى ١٨ ــ يخص الأم السدس وهو ٣ • والأب كذلك ــ ٣ ــ وكل بنت ــ ٢ ــ وكل ابن ــ ٤ ــ وعلى ذلك يكون ما يخص الابن الذي فرض حيا من التركة ــ ٤ ــ من ١٨ •

الخطوة الثانية : أن يخرج من التركة ذلك المقدار ومقدار التركة ٢٧٠ ف

فيضرب $\frac{٤}{١٨}$ × ٢٧٠ = ٦٠ ف فيكون هذا مقدار الوصية الواجبة ويستنزل من التركة فيكون الباقي ٢٧٠ ــ ٦٠ = ٢١٠ •

ولذلك يكون نصيبه إذا كان مقدرا نصيبه الثلث فأقل ، فإن كان أكثر لم يستنزل إلا الثلث •

الخطوة الثالثة : أن يقسم ذلك الباقي على الورثة الموجودين بتوزيع جديد من غير نظر الولد الذي فرض حيا ، فيكون للأب السدس ، وللأم مثله ، وللبنت والابن الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون أصل المسألة ــ ٦ ــ للأم ــ ١ ــ وللأب ــ ١ ــ وللابن ــ ٢ ــ ولكل واحدة من البنتين ــ ١ ــ فتأخذ الأم ٣٥ ف ، والأب مثلها ، والبنت الواحدة ــ ٣٥ ــ والابن ٧٠ ف •

٢٣٠ ـ وهـذا الحل ارتضيناه لأنه لا يخرج على القيود الثلاثة التى قيد القانون بها الوصية الواجبة ، فهو لا يجيز الزيادة على الثلث ، وهو ينفـذ على أنه وصية ، لأنه ينقص مقادير جميع الورثة ، لا مقادير الأولاد فقط ، كشأن كل الوصايا تنفـذ من أصل التركة كلها ، وهو يعطى فرع الولد المتوفى ما يستحقه لو فرض حيا بلا زيادة قط ، ولا نقصان إذا لم يزد عن الثلث •

وقـد يقول قائل أن فرع الولد المتوفى سيأخـذ أقـل من الابن الموجود فعلا ، ونحن نقول أن القانون لم يشترط التماثل بين فرع الولد المتوفى ، ومن يستحق من الأولاد الموجودين فعلا ، إنمـا اشترط القانون بصريح اللفظ المماثلة بين ما كان يستحقه الولد المتوفى ، وما يعطى بالوصية الواجبة ، وهـذه المماثلة ثابتة قائمة ، وهى التى من أجلها نرتضى هـذا الحل ، ونرفض الحل الذى اختاره فضيلة المفتى وقتا ما ، وهـو أحـد الفروض التى ذكرناها(١٠٥) وبينا عـدم استقامته ، لأنه وإن كان يجعل التماثل بين فرع الابن المتوفى وبين أعمامه قائمـا ثابتا ، يترك التماثل بين ما يأخـذ الفرع ، وما كان يأخـذه أصله ، فيوجـد تماثلا غير مطلوب فى القـانون ، ويترك التماثل المطلوب فى القـانون •

٢٣١ ـ كان إذن بيننا وبين فضيلة مفتى مصر الذى أفتى بهـذا الحل اختلاف بسبب أنه اختار من الفروض التى ذكرناها ما رأينـاه غير مستقيم ، لأنه يعطى فرع الولد المتوفى أكثر ممـا يأخـذه الولد نفسه لو كان حيـا ، ويرفض ما رأيناه مستقيما ، مع أنه يكون فيه التماثل بين ما يأخـذ الفرع ، وما كان يأخـذ أصـله لـو كان حيـا ، وينفـذ على أنه وصـية ، ولا يرى أن فى أخـذ الفرع أكثر من نصيب أصله لو كان حيا أى مخالفة للفقه والقانون • ومن حق العلم والإنصاف أن نسوق ما اعتبره فضيلته دليلا يسوغ له ذلك ، وهـو ما فهمناه من مناقشته ومناقشة مساعديه ، فقد فهمنا أنه يستدل بأمرين :

(أحـدهما) أن صـدر المـادة ـ ٧٦ ـ يقول : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته ، أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هـذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع ••• » •

---

(١٠٥) راجع بحثنا فى مجلة القانون والاقتصاد فى عـدد سبتمبر سنة ١٩٦٤ المجلد السابع عشر ، العـدد الثالث •

فهذا النص يستفاد منه أن ما يستحقه الفرع وصية يكون وصية بمثل نصيب أحد الورثة ؛ وإذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد الورثة فإن حلها يكون بتقسيم التركة بالسهام على الورثة الموجودين ، ويضاف إلى مجموعها سهام الوارث الموصى له ، فكذلك يكون المسلك هنا •

وإذا قيل لهم أن المنصوص عليه وصية بنصيب الولد المتوفى لو كان حيا ، قالوا إن الفتاوى الهندية تقول أن الموصى لو قال وصيت بمثل نصيب ابنى لو كان حيا أو بنصيب ابنى لو كان موجودا ، فانها تكون وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وتحل المسألة بفرض سهام الابن ، وتضاف إلى أصل المسألة •

وفوق ذلك فإن الموصى لو قال أوصيت لولد ابنى فلان المتوفى بمثل نصيبه لو كان موجودا لاعتبر ذلك وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وحلت بالشكل الذى بينه صاحب الفتاوى الهندية ، فكذلك ما يقوم القانون بتنفيذه لأنه قائم مقامه فى إنشاء وصية على هذه الصيغة فيحل على أساس أن الوصية بمثل نصيب أحد الورثة ، ويسلك فيه طريق استخراجها •

(ثانيهما) أن القانون لم يبين طريق استخراج الوصية الواجبة مع الميراث وكل ما لم يبينه القانون يكون المرجع فيه المذهب الحنفى ، لأنه الأصل الذى يرجع إليه فى غير المنصوص عليه من الأحكام ، فإليه المرجع حيث لا نص . ونحن إذا رجعنا إلى المذهب الحنفى فى حل وصية جاءت على هذه الصيغة لا نجد حلا لها فى ذلك المذهب إلا أن تعتبر وصية بمثل نصيب أحد الورثة •

٢٣٢ — هذا ما ساقه فضيلة المفتى الذى أفتى بذلك ومساعدوه ، ليستدلوا به على ما اختاروا من حل ، ولم نقرأه محررا بقلمه أو أقلامهم ، ونرجو ألا نكون قد تزيدنا عليهم أو نقصنا بعض ما قالوا •

ونحن نقول فى رد ما ساقوا ، إنه كان يكفى أن يتبينوا أن ذلك الحل يؤدى إلى أن يأخذ فرع الولد المتوفى أكثر مما كان يأخذ الولد نفسه ، وأن واضعى ذلك القانون الذى لم يكن له أصل قط فى المذاهب الأربعة لم يقصدوا إلا أن يعطوا فرع الولد نصيب الوالد فى دائرة الثلث ، كان يكفى ذلك ليعملوا تفكيرهم العميق فى استخراج حل أقرب إلى العدل ، ولذلك لما علمت فى أكتوبر سنة ١٩٤٧ أن فضيلة الأستاذ الجليل المفتى قد كتب فتوى على تلك الشاكلة

ذهبت إليه ، وأطلعته على البحث الذى نشرته فى مجلة القانون والاقتصاد ، إذ بينت فيه الحلول الثلاثة والمستقيم منها ، ونبهته إلى ما يؤدى إليه الحل الذى اختاره ، ولكن ذهبت إليه بعد أن أفتى . ولذلك لم يكن لما قدمت جدوى ، وتجادلت بعد أن علمت الإصرار ، وأنا أعلم أن الجدل مع من يتمسك برأيه يزيده قوة استمساك وعنفا فيه ، ولكنى فعلت لتبرأ ذمتى ، وعساى أن أصل إلى ما يغير فكرتى ، فلم أجد ما يغيرها ، ووجدت ما بينت خلاصته .

٢٣٣ — والآن نبين وجه الخطأ فى رأى فضيلة الأستاذ الجليل حفظه الله ، ولا عيب على عالم عظيم مثله فى أن يخطىء ، إنما العيب فى أن يدعى أنه لا يخطىء .

إن هذا الجزء من قانون الوصية قد وضعه المقنن المصرى غير معتمد على أصل أو رأى فى مذهب من المذاهب الأربعة ، بل على أى مذهب من المذاهب الإسلامية ، إلا شيئا تعلق به من رأى لابن حزم فى جواز أن ينفذ القاضى بعض الوصايا من تلقاء نفسه ، وينفذ ما بينه له ولى الأمر .

فجاء المقنن واستأنس بذلك فى تنظيم الوصية الواجبة ، وعلى ذلك يصح لنا أن نقول فى حق — أن ذلك التنظيم قانون وضعى ، يجرى فى تفسيره ما يجرى فى تفسير القوانين الوضعية ، مقيدين بأصول التفسير فى القانون ، وقواعد الدلالات اللغوية التى بينها اللغويون ، ونظمها الأصوليون بباب الدلالات فى علم الأصول .

وإن ذلك ينتهى بنا إلى أن نتقيد فى التفسير بأمرين :

أحدهما : ما تدل عليه الألفاظ لغة ، وما يرسمه اللغويون من دلالات للألفاظ ، ونستعين بما نظمه الأصوليون من قواعد للدلالات .

ثانيهما : الاستعانة بمقصد المقنن إن تبينت أماراته ، وقامت شواهده ، على ألا تحمل الألفاظ ما لا تحتمل ، بل يرجح المقصد أحد احتمالاتها ، ويعين المراد إن لم يكن اللفظ محكما فيه .

٢٣٤ — وإننا إذ نقيد أنفسنا فى التفسير ذلك التقييد نجد الطريق معبدا ،

بل أن الألفاظ فيه لا تحتاج إلى تفسير ، فالمقنن صرح تصريحاً قاطعا ، لا مجال للريب فيه بقدر الوصية الواجبة ، فقالت المادة — ٧٦ — فى عجزها ، « وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب (أى نصيب الولد المتوفى ميراثا) فى حدود الثلث » .

فالوصية الواجبة تكون بقدر نصيب الولد المتوفى ميراثا لو كان حيا ، فكل حل يعطيه أكثر من ذلك القدر يكون قد أعطاه أكثر من الوصية الواجبة التى نص عليها القانون .

الجزء الذى ساقه فضيلة المفتى لا يخالف ذلك النص ، ويتبين ذلك بأدنى تأمل ، فصدر المادة الذى أخذ منه مأخذه — نصه : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته » التعبير بكلمة مثل يراد بها أصل معناها اللغوى وهو المماثلة والمساواة فى التقدير ، فهى تعين أن القدر لا يصح أن يزيد عما كان يستحقه ابنه لو كان حيا ، ثم هناك كلمة أخرى تؤكد المراد من أن الوصية الواجبة لا يصح أن تزيد عن مقدار ما كان يستحقه الولد المتوفى فى حياة أبويه وهى : « ما كان يأخذه الولد ميراثا يئول إلى فرعه ، فلا يصح أن يكون ما يأخذه الفرع أكثر مما كان يأخذ الولد الذى أخذ هو عنه » .

وعلى ذلك ننتهى بأن المادة تصرح بأن النصيب الذى يستحقه الفرع يكون بقدر ما يستحقه أصله لا يزيد عليه أى مقدار ، مهما يكن قليلا ، واستفيد ذلك من عبارة المادة فى ثلاثة مواضع :

أولها : التعبير بكلمة « مثل ما كان يستحقه » وكلمة مثل يراد منها المماثلة والمساواة ، ولا مساواة إذا كان أحد الشيئين أكثر من الآخر .

وثانيها : كلمة « يستحقه ميراثا لو كان حيا » فهذه تقتضى أن يعرف مقدار إرثه ، ثم يعطى فرعه ذلك المقدار لا يزيد عليه ، فإذا كان هناك حل يعطيه أكثر مما يأخذه أصله ميراثا يكون باطلا ومخالفا لنص القانون .

وثالثها : وهو الأخير عبارة وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا

النصيب • وإذا كان النص كذلك فالتفسير اللفظى الحرفى فى المادة صريح كل الصراحة فى أن الوصية الواجبة لا تكون بأكثر مما يستحقه الولد الذى توفى فى حياة أحد أبويه ميراثا ، فكل حل يؤدى إلى إعطائه أكثر يكون مخالفا لنص القانون ، وكل مخالفة لهذا النص تكون باطلة ، والحل الذى يؤدى إليها يكون غير مستقيم •

٢٣٥ — وإن المقصد الذى رمى إليه المقنن من سن الوصية الواجبة أن هذا الفرع له نصيب والده ، لكيلا يحرم فروع من يموت فى حياة أحد أبويه ، وهم ذرية ضعاف ، ولم يقصد المقنن قط أن يعطيهم أكثر من نصيب أبيهم وإلا كان ذلك شططا ، وخروجا عن الجادة ، إذ كيف يعطى الفرع باسم أبيه أو أمه أكثر مما كان يأخذه أبوه أو أمه ، هذا غريب فى بدائه العقول ، وكان ذلك وحده كافيا لأن يعتبر الحل الذى يؤدى إليه غير مستقيم •

وفوق ذلك أن الذى يستحقه الفرع لا يستحقه بذاته ، بل يستحقه بالتلقى عن أصله الذى مات فى حياة أحد أبويه ، ولقد كان ذلك مفهوما لدى أعضاء مجلسى الشورى ، وهو ما سوغ لهم الموافقة •

وقد قال أحد الشيوخ مدافعا عن الوصية الواجبة ، فوق منبر مجلس الشيوخ ، وفى حضرة صاحب الفضيلة مندوب وزارة العدل ، قال ذلك الشيخ ما نصه :

« رجل يملك ، وله أولاد وبنات ، فإذا مات ولد من أولاده ، أو ابن ابن من طبقة أو طبقتين أو من ثلاث ، فهؤلاء كأنهم يرثون بالتعصيب ، وابن الابن **وإن نزل يعتبر كأنه يمثل الابن الأول الذى مات** ، ويرث من المورث فيما يخرج من الثلث ، لأنها وصية ، فيأخذ نصيبه ملكا ، وهكذا المالك إذا كان له من أولاده بنت ، فالبنت إذا ماتت قبل ابنها **يحتم القانون أن أبناء البنت ذكورا وإناثا يمثلون أمهم** ، ويرثون فى المورث ، ومتى ورثوا ، ورثوا ملكا وانتفاعا ، وينتقل إلى ورثتهم من بعدهم » •

قال هذا العضو ، وهو من أعضاء لجنة العدل ذلك فى المجلس مسوغا للقانون مدافعا عنه ، ولم يخالفه أحد — وخصوصا فضيلة ممثل وزارة العدل أو بالأحرى ممثل لجنة الأحوال الشخصية التى وضعت القانون ، ولم يعترض

فى اعتبار الوصية الواجبة إحلالا لفرع الولد المتوفى محل أبيه فيما كان يستحقه من ميراث ، بيد أن استحقاق الفرع لا يستحقه ميراثا ، لمخالفة ذلك لنصوص القرآن ، والسنة المتضافرة ، بل يستحقه على أنه وصية ، تنفذ من التركه كلها وفى دائرة الثلث .

وإذا كان كذلك فالفكرة التى يتجه إليها المقنن ، وتعتبر مقصده الثابت أن الفروع يأخذون نصيب أصلهم الذى مات فى حياة أحد أبويه .

وبالبناء على ذلك يتقرر أن الفروع يستحقون بالتلقى عن أصلهم المتوفى فى حياة أحد أبويه ، وكيف يعطون نصيبا أكثر ممن يتلقون الاستحقاق عنه ، إن هذا فى القياس عجيب .

٢٣٦ ــ وفوق ذلك أن القانون يوجب بنصه أن يفرض الولد الذى توفى فى حياة أحد أبويه حيا ، ويبين ما يأخذه ميراثا ، لأن نص المادة يقول : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى توفى فى حياته او مات معه ، ولو حكما بمثل ما كان **يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا** عند موته وجبت إلخ » . فالقانون بصريح لفظه يوجب فرض حياته ، وإعطاءه نصيبه ميراثا ثم نقل نصيبه هذا الى فرعه ، والحل الذى يجعله وصية بمثل نصيب أحد الورثة لا يفرضه حيا ، بل يزيد بمقدار سهام أحد الأولاد من غير حاجة إلى الفرض حيا ومن غير حاجة إلى تعرف مقدار ميراثه ، وهذه مخالفة واضحة لصريح القانون .

٢٣٧ ــ تبين مما تقدم مخالفة الحل الذى يجعل الوصية الواجبة وصية بمثل نصيب أحد الورثة ــ للقانون ، وبقى أن نجيب عن أمرين جاءا على لسان فضيلة الأستاذ المفتى الجليل ، الذى أصدر هذه الفتوى :

أولهما : أنه إذا قال الموصى : أوصيت لفرع ولدى فلان الذى توفى فى حياتى بمثل نصيب ابن من أبنائى ، فكيف نحلها ؟ الجواب عن ذلك أننا نعتبرها وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وتكون فى ضمنها الواجبة ، وما زاد على الوصية الواجبة وفى نصيب المتوفى يكون وصية اختيارية ، وما من حرج على الموصى فى أن يوصى لفرع ولده المتوفى بما يشاء غير مقيد بمقدار الوصية الواجبة ، والزائد يكون وصية اختيارية ، تستحق بهذا الأساس .

أما إذا لم يوص ، وهو ما نص عليه القانون ، فنحن مقيدون فى تقدير الوصية الواجبه بمقدار ما كان يستحقه الولد المتوفى ميراثا لا تتجاوزه ، ولكن قد تنقصه إذا كان أكثر من الثلث ، وينفذ على أنه وصية يستخرج مقدارها من التركة قبل التوزيع .

ثانيهما : أن فضيلة المفتى الجليل قال إن القانون لم يبين طريقة استخراج

الوصية الواجبة — فعلينا أن نرجع فى طريق استخراجها إلى مذهب أبى حنيفة ونقول فى الجواب عن ذلك : إن طريقة الاستخراج ليست حكما فى موضوع لم يبين القانون حكمه ، إنما هى توضيح للقانون ، وتطبيق له ، وما يسوغ أن نرجع فى تطبيق أحكام قانون إلى مذهب لم يؤخذ القانون منه ، ولم يكن له أصلا ، وفوق ذلك فإن القانون لا يضع طريقة لحلول مسائله ، إنما يتركها للمطبق ، بحيث لا يخرج عن نصوصه وأحكامه ، بل يبحث عن أوفق الحلول لمطابقة نصه ومقصده ، وهذا قانون الميراث فهل فيه طرق حل المسائل ، إنما ترك ذلك للمطبق .

ثم إن ادعاء أن القانون لم يشتمل على الإشارة إلى طريقة الحل — غير سليم ، لأن القانون يصرح بأن الولد المتوفى يفرض حيا ويستخرج نصيبه ميراثا ، ويعطى فرعه فى حدود الثلث ، على أنه وصية ، وتكرر ذكر ذلك النص ، إذ تقول المادة ٧ — إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل نصيب هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته ، فهو صريح فى وجوب فرضه حيا ، واستخراج نصيبه ميراثا وإخراجه من التركة على أنه وصية ، ثم يقسم الباقى من التركه بعد ذلك بين الورثة الشرعيين ، فكيف يدعى بعد ذلك أن القانون لم يبين طريق الحل .

وأخيرا ، لو كان القانون لم يبين طريق الحل ، فلا يصح أن نأتى بحل يهدم نصه ومقصده .

فلا يرجع إذن إلى مذهب أبى حنيفة فى استخراج الحل لأن الحل ليس حكما ، بل هو تطبيق لما اشتمل عليه القانون من حكم ، وتفسير لمقاصده والعماد فى ذلك القانون نفسه وقوة استنباط المفسر .

وحل فضيلة الأستاذ الجليل يخالف نص القانون ، ويخالف مقصده ، فلا يمكن أن يعتبر حلا لمسائله .

٢٣٨ — ونريد أن نذكر فضيلة الأستاذ المفتى الجليل بأن هذا القانون زيادة عن فرائض الله سبحانه ، وأنه إلزام بما لم تلزم به نصوص الكتاب الكريم ولا مأثور السنة النبوية الشريفة ، ولم يؤثر عن إمام إلزام بما لم يؤثر عن المشهورين من فقهاء الصحابة ، ولم يذكره أحد من جمهور الفقهاء ، فهل يسوغ بعد هذا أن نزيد فى العطاء ، ونعطى ابن الابن أكثر مما كان يأخذه أبوه ، وبنت البنت أكثر مما كانت تأخذ أمها ، اللهم إنا قد أدينا أمانة العلم وأطنبنا فى البيان ، لكى نخرج من الربقة ولا نتحمل التبعة ، والله على ما أقول شهيد .

٢٣٩ — والآن نستعرض بعض المسائل ، ونبين طريق حلها :

(آ) إذا توفى شخص وترك بنتين وابنا ، وأبا وأما ، وبنت ابن توفى أبوها فى حياة المتوفى وترك تركة قدرها ٥٤٠ ف فإنه يفرض الابن المتوفى حيا ، وتقسم التركة بالسهام على ذلك الأساس ، فيكون للأب السدس ، وللأم السدس والباقى للأبناء والبنات . ويكون أصل المسألة ٦ ، ويصحح إلى ١٨ ، فيخص الأب ٣ ، والأم ٣ وكل بنت ٢ – وكل ابن ٤ فيكون سهام الابن المتوفى $\frac{٤}{١٨}$ ، ويخرج من التركة فتكون ١٢٠ ف فهذا هو مقدار الوصية الواجبة . ثم يقسم باقى التركة من جديد وقدره ٣٤٠ ف على الورثة الحقيقيين كأنه لا أحد سواهم .

(ب) وإذا توفى شخص عن زوجة ، وبنت ، وبنت بنت توفيت فى حياة المورث ، والتركة ٤٨٠ ف فتفرض البنت المتوفاة على قيد الحياة وتأخذ مع الأخرى ثلثين ، والزوجة الثمن ، يرد الباقى عليهما فيكون نصيب المتوفاة أكثر من الثلث فلا تعطى ابنتها إلا الثلث ، ويخرج من التركة فيكون الباقى ٣٢٠ ف يقسم على الورثة الحقيقيين ، وهم الزوجة والبنت ، فالزوجة تأخذ الثمن ، والباقى للبنت فرضا وردا .

(جـ) وإذا توفيت عن زوج ، وبنت ابن وبنت بنت ماتت فى حياة أمها ، وتركت ٤٥٠ ف ، فإن البنت تفرض موجودة على قيد الحياة ، ويأخذ الزوج الربع ، والبنت النصف ، وبنت الابن السدس ، والباقى يرد على بنت الابن ، والبنت ، ويكون استحقاق البنت على ذلك أكثر من الثلث . فتعطى بنتها الثلث ويخرج من ٤٥٠ ، فيكون الباقى ٣٠٠ يقسم على الورثة الحقيقيين وهما الزوج وبنت الابن فيكون للزوج الربع ، والباقى لبنت الابن فرضا وردا .

(د) وإذا توفى شخص عن بنتين ، وبنت ابن توفى فى حياة أبيه ، وبنت ابن ابن توفيا فى حياة المورث ، فإنه فى هذه الحال يستخرج نصيب الابنين اللذين توفيا فى حياة أبيهما فيكون لهما ثلث تركته ، وعلى ذلك لا تنفذ الوصية إلا فى الثلث ، فإن كانت التركة ١٨٠ ف فإن الوصية الواجبة هى ٦٠ ف تقسم بين الابنين ، ويكون نصيب كل ابن يذهب إلى فرعه ، فيخص بنت الابن ٣٠ ف ويخص بنت ابن الابن ٣٠ ف .

(هـ) توفى شخص عن أخت شقيقة ، وأخت لأب ، وأخوين لأم ، وبنت بنت توفيت فى حياة أبيها فإنه فى هذه الحال تفرض البنت على قيد الحياة ، ويكون نصيبها النصف ، فتكون الوصية الواجبة بمقدار الثلث فقط ، فإن كانت التركة ٣٦٠ ف كانت الوصية الواجبة ١٢٠ ف ، ويقسم الباقى بين الورثة الشرعيين وهو ٢٤٠ ف فيكون للأخت الشقيقة النصف ، وللأخت لأب السدس وللأخوين لأم الثلث ، ويكون أصل المسألة ٦ ، توزع التركة على ذلك الأساس .

والله سبحانه وتعالى وارث الأرض ومن عليها ، وإليه المصير .

« تم بحمد الله »

محتويات الكتاب

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

رقم الايداع

٨٧/٨٢٦٧

دار الاشـــعاع للطباعة

١٤ شارع عبد الحميد ــ جنينة قاميش

السيدة زينب ــ القـــاهرة

ت : ٣٦٣٠٤٦٩

مؤلفات الإمام الشيخ محمد أبو زهرة

- خاتم النبيين : ثلاثة أجزاء – فى مجلدين
- المعجزة الكبرى (القرآن الكريم)
- تاريخ المذاهب الإسلامية : جزءان فى مجلد واحد
- الأحوال الشخصية
- الجريمة فى الفقه الإسلامى
- العقوبة فى الفقه الإسلامى
- أصول الفقه
- أحكام التركات والمواريث
- أبو حنيفة : حياته • عصره • آراؤه • فقه
- مالك : حياته • عصره • آراؤه • فقه
- الشافعى : حياته • عصره • آراؤه • فقه
- ابن حنبل : حياته • عصره • آراؤه • فقه
- ابن تيمية : حياته • عصره • آراؤه • فقه
- الإمام زيد : حياته • عصره • آراؤه • فقه
- الإمام الصادق : حياته • عصره • آراؤه • فقه
- ابن حزم : حياته • عصره • آراؤه • فقه
- الوحدة الإسلامية
- الخطابة
- تاريخ الجدل
- الملكية ونظرية العقد
- شرح قانون الوصية
- محاضرات فى الوقف
- محاضرات فى عقد الزواج وآثاره
- محاضرات فى النصرانية
- مقارنات الأديان
- الدعوة إلى الإسلام
- تنظيم الإسلام للمجتمع
- تنظيم الأسرة وتنظيم النسل
- الولاية على النفس
- العلاقات الدولية فى ظل الإسلام
- التكافل الاجتماعى فى الإسلام
- الميراث عند الجعفرية
- المجتمع الإنسانى فى ظل الإسلام
- العقيدة الإسلامية
- بحوث فى الربا

***

تطلب جميعها من ملتزم طبعها ونشرها وتوزيعها
دار الفكر العربى
الادارة : ١١ شارع جواد حسنى بالقاهرة
ص.ب ١٣٠ الرمز البريدى ١١٥١١
ت : ٣٩٢٥٥٢٣ – ٣٩٢٠٩٥٦ فاكس ٣٩١٧٧٢٣